



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2003 Vol. 3**

**1<sup>er</sup> cahier, 2003 Vol. 3**

**Cited as [2003] 3 S.C.R. 3-191**

**Renvoi [2003] 3 R.C.S. 3-191**

---

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
ANDRES GARIN  
LEE ANN GORMAN  
SALLY GRIFFIN

Legal Counsel / Conseillers juridiques  
KAREN LEVASSEUR  
ARCHIBALD MCDONALD  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
NICOLA SUTTON  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET  
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
GINETTE MIGNEAULT  
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
CHANTAL CORBEIL

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

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



## CONTENTS

### **Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education).....3**

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Remedy available for realization of minority language education rights — Trial judge ordering province to make best efforts to provide homogeneous French-language facilities and programs by particular dates — Order further requiring parties to appear before same judge periodically to report on status of those efforts — Whether trial judge had authority to retain jurisdiction to hear reports from Province on the status of those efforts as part of his remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether reporting order was “appropriate and just in the circumstances” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 24(1).

Appeals — Mootness — Appropriate and just remedy — Minority language education rights — Appeal raising important question about jurisdiction of superior courts to order what may be an effective remedy in some classes of cases — Moot appeal should be heard to provide guidance in similar cases.

### **National Trust Co. v. H & R Block Canada Inc. ....160**

Commercial law — Bulk sales — Personal liability of buyer — Buyer failing to comply with requirements of bulk sales legislation — Seller using proceeds of sale to discharge amounts owing to its two highest ranking secured creditors — Whether buyer “personally liable to account” to unsecured creditor for amount owing to it by seller as a result of non-compliance with legislation — Meaning of “personally liable to account” — Bulk Sales Act, R.S.O. 1990, c. B.14, s. 16(2).

### **Ontario v. O.P.S.E.U.....149**

Labour law — Arbitration — Dismissal without just cause — Evidence — Government employees dismissed after being convicted of sexual assault — Convictions upheld on appeal — Grievance settlement board ruling that convictions not conclusive evidence of guilt — Whether union entitled to relitigate issue decided against employees in criminal proceedings — Whether issue estoppel applicable — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1.

### **Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79.....77**

Labour law — Arbitration — Dismissal without just cause — Evidence — Recreation instructor dismissed after being convicted of sexual assault — Conviction upheld on appeal — Arbitrator ruling that instructor had been dismissed without just cause — Whether union entitled to relitigate issue decided against employee in criminal proceedings — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 — Labour Relations Act, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Cie Trust National c. H & R Block Canada Inc. ....160**

Droit commercial — Ventes en bloc — Responsabilité personnelle de l'acheteur — Défaut de l'acheteur de se conformer aux exigences de la Loi sur la vente en bloc — Désintéressement par le vendeur sur le produit de la vente de ses deux créanciers garantis de rang supérieur — En raison du non-respect de la Loi, l'acheteur est-il « personnellement tenu de rendre compte » au créancier non garanti de la somme due à ce dernier par le vendeur? — Sens de l'expression « personnellement tenu de rendre compte » — Loi sur la vente en bloc, L.R.O. 1990, ch. B.14, art. 16(2).

### **Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation) .....3**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Réparation pouvant être accordée pour assurer le respect des droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Juge de première instance ordonnant à la province de faire de son mieux pour fournir des établissements et des programmes d'enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés — Ordonnance enjoignant également aux parties de se présenter périodiquement devant le même juge pour rendre compte des efforts déployés en ce sens — Le juge de première instance avait-il le pouvoir de se déclarer compétent pour entendre les comptes rendus de la province sur les efforts déployés pour mettre à exécution la réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'ordonnance enjoignant de rendre compte était-elle « convenable et juste eu égard aux circonstances »? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 24(1).

Appels — Caractère théorique — Réparation convenable et juste — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Pourvoi soulevant une question importante au sujet du pouvoir des cours supérieures d'ordonner des mesures susceptibles de constituer une réparation efficace dans certaines catégories de cas — Appel théorique devant être entendu afin de fournir des repères dans des affaires similaires.

### **Ontario c. S.E.E.F.P.O. ....149**

Droit du travail — Arbitrage — Congédiement sans motif valable — Preuve — Employés de l'État congédiés après avoir été déclarés coupables d'agression sexuelle — Déclarations de culpabilité confirmées en appel — Commission de règlement des griefs ayant statué que les condamnations ne constituaient pas une preuve concluante de culpabilité — Le syndicat est-il habilité à remettre en cause une question tranchée à l'encontre des employés dans une instance criminelle? — La préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique-t-elle? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Judicial review — Standard of review — Labour arbitration — Recreation instructor dismissed after being convicted of sexual assault — Arbitrator ruling that instructor had been dismissed without just cause — Whether arbitrator entitled to revisit conviction — Whether correctness is appropriate standard of review — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 — Labour Relations Act, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48.

### **Vann Niagara Ltd. v. Oakville (Town) .....158**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Municipal by-law limiting size of billboards — Whether by-law infringes right to freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

## SOMMAIRE (Fin)

### **Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79 .....77**

Droit du travail — Arbitrage — Congédiement sans motif valable — Preuve — Instructeur en loisirs congédié après avoir été déclaré coupable d'agression sexuelle — Déclaration de culpabilité confirmée en appel — Arbitre ayant statué que l'instructeur avait été congédié sans motif valable — Le syndicat est-il habilité à remettre en cause une question tranchée à l'encontre de l'employé dans une instance criminelle? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 — Loi sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage en relations du travail — Instructeur en loisirs congédié après avoir été déclaré coupable d'agression sexuelle — Arbitre ayant statué que l'instructeur avait été congédié sans motif valable — L'arbitre est-il habilité à revenir sur la déclaration de culpabilité? — La norme de contrôle appropriée est-elle celle de la décision correcte? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 — Loi sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48.

### **Vann Niagara Ltd. c. Oakville (Ville) .....158**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Règlement municipal limitant la superficie des panneaux publicitaires — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 3, 2003**

**3<sup>e</sup> volume, 2003**



**Glenda Doucet-Boudreau, Alice Boudreau, Jocelyn Bourbeau, Bernadette Cormier-Marchand, Yolande Levert and Cyrille Leblanc, in their name and in the name of all Nova Scotia parents who are entitled to the right, under Section 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to have their children educated in the language of the minority, namely the French language, in publicly funded French-language school facilities, and Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse Inc. *Appellants***

v.

**Attorney General of Nova Scotia *Respondent***

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Commissioner of Official Languages for Canada, Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones, Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc. (FAJEFCL) and Conseil scolaire acadien provincial (CSAP) *Interveners***

**INDEXED AS: DOUCET-BOUDREAU v. NOVA SCOTIA (MINISTER OF EDUCATION)**

**Neutral citation: 2003 SCC 62.**

File No.: 28807.

2002: October 4; 2003: November 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

**Glenda Doucet-Boudreau, Alice Boudreau, Jocelyn Bourbeau, Bernadette Cormier-Marchand, Yolande Levert et Cyrille Leblanc, en leur propre nom et en celui de tous les parents de la Nouvelle-Écosse qui, en vertu de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité, à savoir le français, dans des écoles francophones financées sur les fonds publics, et la Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse Inc. *Appellants***

c.

**Procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intimé***

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Commissaire aux langues officielles du Canada, Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones, Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc. (FAJEFCL) et Conseil scolaire acadien provincial (CSAP) *Intervenants***

**RÉPERTORIÉ : DOUCET-BOUDREAU c. NOUVELLE-ÉCOSSE (MINISTRE DE L'ÉDUCATION)**

**Référence neutre : 2003 CSC 62.**

N<sup>o</sup> du greffe : 28807.

2002 : 4 octobre; 2003 : 6 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Remedy available for realization of minority language education rights — Trial judge ordering province to make best efforts to provide homogeneous French-language facilities and programs by particular dates — Order further requiring parties to appear before same judge periodically to report on status of those efforts — Whether trial judge had authority to retain jurisdiction to hear reports from Province on the status of those efforts as part of his remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether reporting order was “appropriate and just in the circumstances” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 24(1).*

*Appeals — Mootness — Appropriate and just remedy — Minority language education rights — Appeal raising important question about jurisdiction of superior courts to order what may be an effective remedy in some classes of cases — Moot appeal should be heard to provide guidance in similar cases.*

The appellants are Francophone parents living in five school districts in Nova Scotia. They applied for an order directing the Province and the Conseil scolaire acadien provincial to provide, out of public funds, homogeneous French-language facilities and programs at the secondary school level. The trial judge noted that the government did not deny the existence or content of the parents' rights under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but rather failed to prioritize those rights and delayed fulfilling its obligations, despite clear reports showing that assimilation was “reaching critical levels”. He found a s. 23 violation and ordered the Province and the Conseil to use their “best efforts” to provide school facilities and programs by particular dates. He retained jurisdiction to hear reports on the status of the efforts. The Province appealed the part of the order in which the trial judge retained his jurisdiction to hear reports. The majority of the Court of Appeal allowed the appeal and struck down the impugned portion of the order. On the basis of the common law principle of *functus officio*, the majority held that the trial judge, having decided the issue between the parties, had no further jurisdiction to remain seized of the case. They also held that, while

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Réparation pouvant être accordée pour assurer le respect des droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Juge de première instance ordonnant à la province de faire de son mieux pour fournir des établissements et des programmes d’enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés — Ordonnance enjoignant également aux parties de se présenter périodiquement devant le même juge pour rendre compte des efforts déployés en ce sens — Le juge de première instance avait-il le pouvoir de se déclarer compétent pour entendre les comptes rendus de la province sur les efforts déployés pour mettre à exécution la réparation fondée sur l’art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L’ordonnance enjoignant de rendre compte était-elle « convenable et juste eu égard aux circonstances »? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 24(1).*

*Appels — Caractère théorique — Réparation convenable et juste — Droits à l’instruction dans la langue de la minorité — Pourvoi soulevant une question importante au sujet du pouvoir des cours supérieures d’ordonner des mesures susceptibles de constituer une réparation efficace dans certaines catégories de cas — Appel théorique devant être entendu afin de fournir des repères dans des affaires similaires.*

Les appelants sont des parents francophones provenant de cinq districts scolaires de la Nouvelle-Écosse. Ils ont sollicité une ordonnance enjoignant à la province et au Conseil scolaire acadien provincial de fournir, sur les fonds publics, des programmes et des écoles homogènes de langue française au niveau secondaire. Le juge de première instance a souligné que le gouvernement n’avait pas nié l’existence ou le contenu des droits garantis aux parents par l’art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qu’il avait plutôt omis de leur donner la priorité et tardé à remplir ses obligations, en dépit de l’existence de rapports démontrant que le taux d’assimilation « atteignait un seuil critique ». Il a conclu à l’existence d’une violation de l’art. 23 et a ordonné à la province et au Conseil de « faire de leur mieux » pour fournir des établissements et des programmes d’enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés. Il s’est déclaré compétent pour entendre des comptes rendus sur les efforts déployés en ce sens. La province a interjeté appel contre la partie de l’ordonnance dans laquelle le juge de première instance se déclarait compétent pour entendre des comptes rendus. Dans un arrêt majoritaire, la Cour d’appel a accueilli l’appel et

courts have broad ranging powers under s. 24(1) of the *Charter* to fashion remedies, the *Charter* does not extend a court's jurisdiction to permit it to enforce its remedies.

*Held* (Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the trial judge's order restored.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache and Arbour JJ.: This appeal involves the nature of remedies available under s. 24(1) of the *Charter* for the realization of the minority language education rights protected by s. 23. A purposive approach to remedies in a *Charter* context requires that both the purpose of the right being protected and the purpose of the remedies provision be promoted. To do so, courts must issue effective, responsive remedies that guarantee full and meaningful protection of *Charter* rights and freedoms.

Section 23 of the *Charter* is designed to correct past injustices not only by halting the progressive erosion of minority official language cultures across Canada, but also by actively promoting their flourishing. While the rights are granted to individuals, they apply only if the "numbers warrant". For every school year that governments do not meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation which carries the risk that numbers might cease to "warrant". If delay is tolerated, governments could potentially avoid the duties imposed upon them by s. 23. The affirmative promise contained in s. 23 and the critical need for timely compliance will sometimes require courts to order affirmative remedies to guarantee that language rights are meaningfully, and therefore necessarily promptly, protected.

Under s. 24(1) of the *Charter*, a superior court may craft any remedy that it considers appropriate and just in the circumstances. In doing so, it must exercise a discretion based on its careful perception of the nature of the right and of the infringement, the facts of the case, and the application of the relevant legal principles. The court must also be sensitive to its role as judicial arbiter and not fashion remedies which usurp the role of the other

invalidé la partie contestée de l'ordonnance rendue. Se fondant sur la règle de common law du *functus officio*, les juges majoritaires ont conclu que le juge de première instance ne pouvait pas rester saisi de l'affaire après avoir tranché la question en litige entre les parties. Ils ont également statué que, même s'il est vrai que les tribunaux disposent, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, d'un vaste éventail de pouvoirs en matière de réparations, la *Charte* n'élargit pas leur compétence de manière à leur permettre de mettre à exécution les réparations qu'ils accordent.

*Arrêt* (les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge de première instance est rétablie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Arbour : Le pourvoi porte sur la nature des réparations qui, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, peuvent être accordés afin d'assurer le respect des droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis par l'art. 23. L'interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* exige de favoriser la réalisation de l'objet du droit garanti et de l'objet des dispositions réparatrices. À cette fin, les tribunaux doivent accorder des réparations efficaces et adaptées qui protègent pleinement et utilement les droits et libertés garantis par la *Charte*.

L'article 23 de la *Charte* vise à réparer des injustices passées non seulement en mettant fin à l'érosion progressive des cultures des minorités de langue officielle au pays, mais aussi en favorisant activement leur épanouissement. Bien que les droits soient conférés aux individus, ils ne peuvent être exercés que si « le nombre le justifie ». Le risque d'assimilation et, par conséquent, le risque que le nombre cesse de « justifier » la prestation des services augmentent avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l'art. 23. Si les atermoiements sont tolérés, les gouvernements pourront éventuellement se soustraire aux obligations que leur impose l'art. 23. La promesse concrète contenue à l'art. 23 et la nécessité cruciale qu'elle soit tenue à temps obligent parfois les tribunaux à ordonner des mesures réparatrices concrètes destinées à garantir aux droits linguistiques une protection réelle et donc nécessairement diligente.

Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, une cour supérieure peut accorder toute réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Ce faisant, elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur son appréciation prudente de la nature du droit et de la violation en cause, sur les faits et sur l'application des principes juridiques pertinents. La cour doit également être consciente de son rôle d'arbitre

branches of governance. The boundaries of the courts' proper role will vary according to the right at issue and the context of each case.

The nature and extent of remedies available under s. 24(1) remain limited by the words of the section itself and must be read in harmony with the rest of our Constitution. While it would be unwise at this point to attempt to define the expression "appropriate and just", there are some broad considerations that judges should bear in mind in evaluating the appropriateness and justice of a potential remedy. An appropriate and just remedy in the circumstances of a *Charter* claim is one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants and employs means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy. It is a judicial one which vindicates the right while invoking the function and powers of a court. An appropriate and just remedy is also fair to the party against whom the order is made. Since s. 24 is part of a constitutional scheme for the vindication of fundamental rights and freedoms enshrined in the *Charter*, the judicial approach to remedies must remain flexible and responsive to the needs of a given case. The meaningful protection of *Charter* rights, and in particular the enforcement of s. 23 rights, may thus in some cases require the introduction of novel remedies. Lastly, the remedial power in s. 24(1) cannot be strictly limited by statutes or rules of the common law. However, insofar as the statutory provisions or common law rules express principles that are relevant to determining what is "appropriate and just in the circumstances", they may be helpful to a court choosing a remedy under s. 24(1).

Here, the remedy ordered by the trial judge was appropriate and just in the circumstances. He exercised his discretion to select an effective remedy that meaningfully vindicated the s. 23 rights of the appellants in the context of serious rates of assimilation and a history of delay in the provision of French-language education. The order is a creative blending of remedies and processes already known to the courts in order to give life to the rights in s. 23. Given the critical rate of assimilation found by the trial judge, it was appropriate for him to grant a remedy that would in his view lead to prompt compliance. The remedy took into account, and did not depart unduly or unnecessarily from, the role of the courts in our constitutional democracy. The remedy vindicated the rights of the parents while leaving the detailed choices of means largely to the executive. The reporting order was judicial in the sense that it called on the functions and powers

judiciaire et s'abstenir d'usurper les fonctions des autres branches du gouvernement. Le rôle des tribunaux varie en fonction du droit en cause et du contexte de chaque affaire.

C'est le texte même du par. 24(1) qui limite la nature et la portée des réparations pouvant être accordées, et ce texte doit recevoir une interprétation qui s'accorde avec le reste de notre Constitution. Bien qu'il ne soit pas sage, à ce stade, de tenter de définir l'expression « convenable et juste », il existe néanmoins des facteurs généraux dont les juges devraient tenir compte en évaluant le caractère convenable et juste d'une réparation potentielle. La réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d'une demande fondée sur la *Charte* est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur et qui fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle. C'est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal. La réparation convenable et juste est également équitable pour la partie visée par l'ordonnance. Étant donné que l'art. 24 fait partie d'un régime constitutionnel de défense des droits et libertés fondamentaux consacrés dans la *Charte*, l'approche judiciaire en matière de réparation doit être souple et tenir compte des besoins en cause. Il peut donc parfois arriver que la protection utile des droits garantis par la *Charte* et, en particulier l'application de l'art. 23, commandent des réparations d'un genre nouveau. Enfin, le pouvoir que le par. 24(1) confère en matière de réparation ne peut pas être strictement limité par des dispositions législatives ou des règles de common law. Cependant, les lois ou les règles de common law peuvent aider les tribunaux à choisir les réparations à accorder sous le régime du par. 24(1) dans la mesure où elles énoncent des principes utiles pour déterminer ce qui est « convenable et juste eu égard aux circonstances ».

En l'espèce, la réparation accordée par le juge de première instance était convenable et juste eu égard aux circonstances. Le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire de choisir une réparation efficace qui permettrait de défendre utilement les droits garantis aux appelants par l'art. 23, dans le contexte d'un taux d'assimilation élevé et du fait qu'on tarde depuis des années à offrir l'enseignement en français. L'ordonnance accordée est un mélange créatif de réparations et de procédures déjà connues des tribunaux, destiné à donner vie aux droits garantis par l'art. 23. En raison du taux élevé d'assimilation qu'il a constaté, il convenait que le juge de première instance accorde une réparation qui, selon lui, pourrait être mise à exécution promptement. En accordant la mesure réparatrice en question, le juge a tenu compte du rôle des tribunaux dans notre démocratie constitutionnelle et ne s'en est pas écarté indûment ou inutilement.



known to courts. The range of remedial orders available to courts in civil proceedings demonstrates that constitutional remedies involving some degree of ongoing supervision do not represent a radical break with the past practices of courts. Further, although the common law doctrine of *functus officio* cannot strictly pre-empt the remedial discretion in s. 24(1), an examination of the *functus* question indicates that the trial judge issued an order that is appropriately judicial. The retention of jurisdiction did not include any power to alter the disposition of the case and did nothing to undermine the provision of a stable basis for launching an appeal. Finally, in the context, the reporting order was not unfair to the government. While, in retrospect, it would certainly have been advisable for the trial judge to provide more guidance to the parties as to what they could expect from the reporting sessions, his order was not incomprehensible or impossible to follow. It was not vaguely worded so as to render it invalid.

*Per* Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): While superior courts' powers to craft *Charter* remedies may not be constrained by statutory or common law limits, they are nonetheless bound by rules of fundamental justice and by constitutional boundaries. Such remedies should be designed keeping in mind the canons of good legal drafting, the fundamental importance of procedural fairness, and a proper awareness of the nature of the role of courts in our democratic political regime. In the context of constitutional remedies, courts fulfill their proper function by issuing orders precise enough for the parties to know what is expected of them, and by permitting the parties to execute those orders. Such orders are final. A court purporting to retain jurisdiction to oversee the implementation of a remedy, after a final order has been issued, will likely be acting inappropriately on two levels: (1) by attempting to extend the court's jurisdiction beyond its proper role, it will breach the separation of powers principle; (2) by acting after exhausting its jurisdiction, it will breach the *functus officio* doctrine.

La réparation permettait de défendre les droits des parents tout en laissant largement au pouvoir exécutif le soin de choisir les moyens précis d'y parvenir. L'ordonnance enjoignant de rendre compte est judiciaire en ce sens qu'elle fait appel à des fonctions et à des pouvoirs connus des tribunaux. L'éventail des réparations que les tribunaux peuvent accorder en matière civile démontre que les réparations fondées sur la Constitution qui nécessitent l'exercice d'une certaine surveillance ne représentent pas une rupture radicale avec la pratique judiciaire antérieure. De plus, bien que la règle de common law du *functus officio* ne puisse, à strictement parler, court-circuiter le pouvoir discrétionnaire que le par. 24(1) confère en matière de réparation, l'examen de la question du *functus officio* indique que le juge de première instance a rendu une ordonnance judiciaire comme il se doit. La déclaration de compétence n'incluait aucun pouvoir de modifier le dispositif de l'affaire et n'empêchait pas de disposer d'une assise stable pour interjeter appel. Enfin, dans les circonstances, l'ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas inéquitable pour le gouvernement. L'ordonnance du juge de première instance n'était ni incompréhensible ni impossible à respecter, même si l'on constate, avec le recul, qu'il aurait sûrement été souhaitable que le juge éclaire davantage les parties sur ce qu'elles pouvaient attendre des auditions de comptes rendus. Le libellé de l'ordonnance n'était pas vague au point de la rendre invalide.

*Les* juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps (dissidents) : Bien qu'il ne puisse pas être limité par une disposition législative ou une règle de common law, l'exercice par les cours supérieures de leur pouvoir d'accorder des réparations fondées sur la *Charte* doit respecter les règles de justice fondamentale et certaines limites imposées par la Constitution. L'ordonnance qui accorde ce type de réparation doit respecter les règles élémentaires de rédaction juridique et tenir compte de l'importance fondamentale de l'équité procédurale et du rôle des tribunaux dans notre régime politique démocratique. En matière de réparations fondées sur la Constitution, les tribunaux ne remplissent correctement leur fonction que s'ils rendent des ordonnances assez précises pour que les parties sachent ce qu'on attend d'elles et soient ainsi en mesure d'exécuter ces ordonnances. Ces ordonnances sont définitives. Un tribunal qui, après avoir rendu une ordonnance définitive, prétend se déclarer compétent pour surveiller la mise en œuvre de la réparation ordonnée est susceptible d'errer sur deux plans. Premièrement, en essayant d'élargir son champ de compétence au-delà du rôle qu'il doit jouer, il contrevient au principe de la séparation des pouvoirs. Deuxièmement, en continuant d'agir après avoir épuisé sa compétence, il enfreint la règle du *functus officio*.

Here, the drafting of the reporting order was anything but clear. The order gave the parties no clear notice of their obligations, the nature of the reports or even the purpose of the reporting hearings. The uncertainty engendered by the order amounted to a breach of procedural fairness. For this reason alone, the order can be found to be inappropriate under s. 24(1) and therefore void. In addition, the reporting order assumed that the judge could retain jurisdiction at will, after he had finally disposed of the matter of which he had been seized. As a general rule, courts should avoid interfering in the management of public administration. Once they have rendered judgment, they should resist the temptation to directly oversee or supervise the administration of their orders and operate under a presumption that judgments of courts will be executed with reasonable diligence and good faith. In this case, the trial judge assumed jurisdiction over a sphere traditionally outside the province of the judiciary, and also acted beyond the jurisdiction with which he was legitimately charged as a trial judge, thereby breaching the constitutional principle of separation of powers and the *functus officio* doctrine. His remedy undermined the proper role of the judiciary within our constitutional order and unnecessarily upset the balance between the three branches of government. Since no part of the Constitution can conflict with another, the trial judge's order for reporting hearings cannot be interpreted as appropriate and just under s. 24(1).

The proper development of the law of constitutional remedies requires that courts reconcile their duty to act within proper jurisdictional limits with the need to give full effect to the rights of a claimant. The intrusiveness of the trial judge's order was in no way necessary to secure the appellants' s. 23 *Charter* interests. In the present case, refusing superior courts the power to order reporting hearings clearly would not deny claimants' access to a recognized *Charter* remedy and, more importantly, to that which they are guaranteed by s. 23 — namely, the timely provision of minority language instruction facilities. If, as suggested by the appellants, the reporting hearings were an incentive for the government to comply with the best efforts order, it is difficult to see how they could have been more effective than the construction deadline coupled with the possibility of a contempt order. Moreover, at the level of constitutional principles, because this incentive is legal in nature, it would not have led to the improper politicization of the relationship between the judiciary and the executive. While a trial judge's decisions with respect to remedies are owed deference, this must be tempered when, as here, fundamental

En l'espèce, l'ordonnance enjoignant de rendre compte est loin d'être claire. Elle n'indique pas clairement aux parties la nature de leurs obligations, la nature des comptes rendus à présenter ni même l'objet des auditions de comptes rendus. L'incertitude créée par l'ordonnance constituait une atteinte à l'équité procédurale. Il est possible, pour cette seule raison, de considérer que l'ordonnance n'est pas convenable au sens du par. 24(1) et qu'elle est donc nulle et sans effet. En outre, elle tient pour acquis que le juge pouvait à loisir se déclarer compétent pour agir, après avoir tranché définitivement l'affaire dont il était saisi. En général, les tribunaux judiciaires doivent éviter de s'immiscer dans la gestion de l'administration publique. Les tribunaux qui ont rendu jugement doivent résister à la tentation de superviser ou surveiller directement l'exécution de leurs ordonnances et présumer que leurs jugements seront exécutés avec diligence raisonnable et de bonne foi. Dans la présente affaire, le juge de première instance s'est déclaré compétent dans un domaine qui, traditionnellement, ne relève pas des tribunaux et a aussi outrepassé la compétence légitime dont il est investi en tant que juge de première instance, violant par le fait même le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et la règle du *functus officio*. La réparation qu'il a accordée mine le rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel et perturbe inutilement l'équilibre entre les trois branches du gouvernement. Puisqu'il ne peut y avoir incompatibilité entre les différents principes constitutionnels, l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance enjoint de rendre compte ne peut pas être qualifiée de convenable et juste au sens du par. 24(1).

L'évolution harmonieuse du droit en matière de réparation fondée sur la Constitution exige que les tribunaux concilient leur obligation d'agir conformément à leur compétence juridictionnelle avec la nécessité d'assurer complètement le respect des droits du demandeur. Le juge de première instance n'avait pas à rendre une telle ordonnance attentatoire pour faire respecter les droits garantis aux appelants par l'art. 23 de la *Charte*. En l'espèce, le refus de reconnaître aux cours supérieures le pouvoir d'ordonner la tenue d'auditions de comptes rendus n'empêcherait sûrement pas les demandeurs d'obtenir une réparation reconnue fondée sur la *Charte* ni de se prévaloir de ce que leur garantit l'art. 23, à savoir la fourniture en temps utile d'établissements d'enseignement dans la langue de la minorité. Si, comme le laissent entendre les appelants, les auditions de comptes rendus avaient pour effet d'inciter le gouvernement à se conformer à l'ordonnance l'enjoignant de faire de son mieux, on voit difficilement comment ces auditions auraient pu être plus efficaces qu'un délai de construction assorti de la possibilité d'une ordonnance pour outrage au tribunal. En outre, sur le plan des

legal principles are threatened. Proper consideration of the principles of procedural fairness and the separation of powers is required to establish the requisite legitimacy and certainty essential to an appropriate and just remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

### Cases Cited

By Iacobucci and Arbour JJ.

**Referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596; *Marchand v. Simcoe County Board of Education (No. 2)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 171; *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586; *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel v. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704, aff'd (1996), 30 O.R. (3d) 681; *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park v. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743, aff'd [1999] 12 W.W.R. 742; *Assoc. Française des Conseils Scolaires de l'Ontario v. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599; *Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique v. British Columbia* (1998), 167 D.L.R. (4th) 534; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House*

principes constitutionnels, cette mesure incitative n'aurait pas, en raison de sa nature légale, politisé indûment les rapports entre les pouvoirs judiciaire et exécutif. Quoiqu'il soit nécessaire de faire montre de déférence à l'égard des décisions que les juges de première instance rendent en matière de réparation, l'application de cette règle doit être tempérée lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des principes de droit fondamentaux sont menacés. Pour respecter les exigences de légitimité et de certitude auxquelles est assujettie une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1) de la *Charte*, il faut dûment prendre en considération les principes d'équité procédurale et de la séparation des pouvoirs.

### Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Arbour

**Arrêts mentionnés :** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596; *Marchand c. Simcoe County Board of Education (No. 2)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 171; *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586; *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704, conf. par (1996), 30 O.R. (3d) 681; *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park c. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743, conf. par [1999] 12 W.W.R. 742; *Assoc. Française des Conseils Scolaires de l'Ontario c. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599; *Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique c. British Columbia* (1998), 167 D.L.R. (4th) 534; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Fraser c. Commission des relations*

of Assembly), [1993] 1 S.C.R. 319; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509; *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1985] 2 S.C.R. 347; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1990] 3 S.C.R. 1417; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212; *British Columbia (Association des parents francophones) v. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 N.B.R. (2d) 361; *Attorney-General v. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48, aff'd [1912] A.C. 788; *Kennard v. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, aff'd [1922] 2 Ch. 1; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219.

By LeBel and Deschamps JJ. (dissenting)

*Sonoco Ltd. v. Local 433* (1970), 13 D.L.R. (3d) 617; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. v. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239; *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186; *Chandler v. Alberta Association of*

*de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (J.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509; *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212; *British Columbia (Association des parents francophones) c. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 361; *Attorney-General c. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48, conf. par [1912] A.C. 788; *Kennard c. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, conf. par [1922] 2 Ch. 1; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219.

Citée par les juges LeBel et Deschamps (dissidents)

*Sonoco Ltd. c. Local 433* (1970), 13 D.L.R. (3d) 617; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. c. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88; *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239; *Paper Machinery Ltd. c. J. O. Ross Engineering Corp.*,

*Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577; *R. v. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Dixon v. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

### Statutes and Regulations Cited

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 390(1).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 23, 24(1).  
*Civil Procedure Rules* (Nova Scotia), rr. 15.07, 15.08(d), (e).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 92, 96.  
*Constitution Act, 1982*.  
*Education Act*, S.N.S. 1995-96, c. 1, ss. 11-16, 88(1).  
*Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, c. 240, ss. 33, 34(d), 38.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 59.06(2)(c), (d).

### Authors Cited

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.  
 Bogart, W. A. "‘Appropriate and Just’: Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy" (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81.  
 Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.  
 de Smith, Stanley A., Harry Woolf and Jeffrey L. Jowell. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. and First Cum. Supp. London: Sweet & Maxwell, 1995, 1998.  
 Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 4. Toronto: Carswell, 1990.  
 Gillespie, Nora. "Charter Remedies: The Structural Injunction" (1989-90), 11 *Advocates’ Q.* 190.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 2002, release 1).  
 Jacob, Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. London: Stevens & Sons, 1987.  
 Manfredi, Christopher Philip. *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*. Toronto: M&S, 1993.

[1934] R.C.S. 186; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Grillas c. Ministre de la Main-d’Œuvre et de l’Immigration*, [1972] R.C.S. 577; *R. c. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Dixon c. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

### Lois et règlements cités

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, art. 390(1).  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 23, 24(1).  
*Civil Procedure Rules* (Nova Scotia), art. 15.07, 15.08(d), (e).  
*Education Act*, S.N.S. 1995-96, ch. 1, art. 11 à 16, 88(1).  
*Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 240, art. 33, 34(d), 38.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92, 96.  
*Loi constitutionnelle de 1982*.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 59.06(2)(c), (d).

### Doctrine citée

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.  
 Bogart, W. A. « ‘Appropriate and Just’: Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy » (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81.  
 Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.  
 de Smith, Stanley A., Harry Woolf and Jeffrey L. Jowell. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. and First Cum. Supp. London: Sweet & Maxwell, 1995, 1998.  
 Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. III. Québec: Presses de l’Université Laval, 1989.  
 Gillespie, Nora. « Charter Remedies: The Structural Injunction » (1989-90), 11 *Advocates’ Q.* 190.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 2002, release 1).  
 Jacob, Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. London: Stevens & Sons, 1987.  
 Manfredi, Christopher Philip. *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*. Toronto: M&S, 1993.

- McLachlin, Beverley M. "The Charter: A New Role for the Judiciary?" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540.
- Morton, F. L., and Rainer Knopff. *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough, Ont.: Broadview Press, 2000.
- Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Oosterhoff, A. H. *Oosterhoff on Wills and Succession*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
- Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.
- Petter, Andrew. "The Politics of the Charter" (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001, "functus officio".
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 2002, release 9).
- Roach, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2002, release 10).
- Walker, David M. *Oxford Companion to Law*. Oxford: Oxford University Press, 1980, "functus officio".
- Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.
- McLachlin, Beverley M. « The Charter : A New Role for the Judiciary? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540.
- Morton, F. L., and Rainer Knopff. *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough, Ont. : Broadview Press, 2000.
- Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.
- Oosterhoff, A. H. *Oosterhoff on Wills and Succession*, 5th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
- Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1982.
- Petter, Andrew. « The Politics of the Charter » (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473.
- Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001, « functus officio ».
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 2002, release 9).
- Roach, Kent. *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto : Irwin Law, 2001.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2002, release 10).
- Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1984.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (2001), 203 D.L.R. (4th) 128, 194 N.S.R. (2d) 323, 85 C.R.R. (2d) 189, [2001] N.S.J. No. 240 (QL), 2001 NSCA 104, setting aside a decision of the Nova Scotia Supreme Court (2000), 185 N.S.R. (2d) 246, 575 A.P.R. 246, [2000] N.S.J. No. 191 (QL). Appeal allowed, Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

*Joel E. Fichaud, Q.C., and Melanie S. Comstock*, for the appellants.

*Alexander M. Cameron*, for the respondent.

*Bernard Laprade and Christopher Rupar*, for the interveners the Attorney General of Canada.

*Janet E. Minor and Vanessa Yolles*, for the interveners the Attorney General of Ontario.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (2001), 203 D.L.R. (4th) 128, 194 N.S.R. (2d) 323, 85 C.R.R. (2d) 189, [2001] N.S.J. No. 240 (QL), 2001 NSCA 104, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (2000), 185 N.S.R. (2d) 246, 575 A.P.R. 246, [2000] N.S.J. No. 191 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents.

*Joel E. Fichaud, c.r., et Melanie S. Comstock*, pour les appelants.

*Alexander M. Cameron*, pour l'intimé.

*Bernard Laprade et Christopher Rupar*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Janet E. Minor et Vanessa Yolles*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Gabriel Bourgeois, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Written submissions only by *Deborah Paquette*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

*Laura C. Snowball* and *Subrata Bhattacharjee*, for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada.

*Michel Doucet* and *Christian E. Michaud*, for the intervener Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones.

*Roger J. F. Lepage* and *Peter T. Bergbusch*, for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc.

*Noella Martin* and *Janet M. Stevenson*, for the intervener Conseil scolaire acadien provincial.

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

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. — This appeal involves the nature of remedies available under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for the realization of the minority language education rights protected by s. 23 of the *Charter*. The specific issue is whether a trial judge may, after ordering that a provincial government use its best efforts to build French-language school facilities by given dates, retain jurisdiction to hear reports on the progress of those efforts. The issue of broader and ongoing judicial involvement in the administration of public institutions is not before the Court in this case.

### I. Background and Judicial History

The appellants are Francophone parents living in five school districts in Nova Scotia (Kingston/Greenwood, Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle, and Clare) and Fédération des parents acadiens de la Nouvelle-Écosse Inc., a non-

*Gabriel Bourgeois, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *Deborah Paquette*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

*Laura C. Snowball* et *Subrata Bhattacharjee*, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada.

*Michel Doucet* et *Christian E. Michaud*, pour l'intervenante la Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones.

*Roger J. F. Lepage* et *Peter T. Bergbusch*, pour l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc.

*Noella Martin* et *Janet M. Stevenson*, pour l'intervenant le Conseil scolaire acadien provincial.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Arbour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR — Le pourvoi porte sur la nature des réparations qui, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, peuvent être accordés afin d'assurer le respect des droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis par l'art. 23 de la *Charte*. Il s'agit plus précisément de savoir si, après avoir ordonné à un gouvernement provincial de faire de son mieux pour construire des écoles francophones dans des délais déterminés, le juge de première instance peut se déclarer compétent pour entendre des comptes rendus sur les efforts déployés à cet égard. La Cour n'est pas saisie de la question de la participation élargie et continue des tribunaux à l'administration d'institutions publiques.

### I. Les faits et les jugements antérieurs

Les appelants sont des parents francophones provenant de cinq districts scolaires de la Nouvelle-Écosse (Kingston/Greenwood, Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle et Clare), ainsi que la Fédération des parents acadiens de

profit organization that monitors the advancement of educational rights of the Acadian and Francophone minority in Nova Scotia. The Attorney General of Nova Scotia is the respondent, acting on behalf of the Department of Education of Nova Scotia.

3 Apart from the specific facts of the case, it is most important to note the historical context on which this dispute is centred. As we will discuss below, French-language education in Nova Scotia has not had an enviable record of success. While the situation improved over the rather dismal record of the previous centuries, the twentieth century left much to be achieved. Section 23 of the *Charter* has been the hope of the French-speaking minority of Nova Scotia to redress the linguistic failings and inequality of history.

4 It is conceded in this appeal that s. 23 of the *Charter* entitles the appellant parents to publicly funded French-language educational facilities for their children. For some time, Francophone parents in these five school districts of Nova Scotia had been urging their provincial government to provide homogeneous French-language schools at the secondary level in addition to the existing primary level facilities. The government of Nova Scotia, for its part, agreed: it did not dispute that the number of students warranted the facilities demanded. The government amended the *Education Act*, S.N.S. 1995-96, c. 1, ss. 11-16, in 1996 to create the Conseil scolaire acadien provincial (the "Conseil"), a province-wide French-language school board, with a view to realizing the *Charter's* minority language education rights. However, while s. 11(1) empowered the Conseil to deliver and administer all French-language programs, only the Minister, with the approval of the Governor in Council, could construct, furnish and equip schools (see s. 88(1)). Although the government eventually announced the construction of the new French-language school facilities, construction of the promised schools never began. So in 1998, 16 years after the right was entrenched in the Constitution, the appellant parents applied to the Supreme Court of Nova Scotia for an order directing the Province and the Conseil to provide, out of public funds, homogeneous

la Nouvelle-Écosse Inc., un organisme sans but lucratif voué à la défense des droits à l'instruction que possède la minorité acadienne et francophone de la province. L'intimé est le procureur général de la province, qui représente le ministère de l'Éducation.

Indépendamment des faits particuliers de la présente affaire, le contexte historique du litige revêt une grande importance. Comme nous le verrons plus loin, l'instruction en français en Nouvelle-Écosse n'a pas connu un succès enviable. Bien que la situation, lamentable aux siècles précédents, se soit améliorée, il restait encore beaucoup à accomplir au XX<sup>e</sup> siècle. La minorité francophone de la province espérait que l'art. 23 de la *Charte* permettrait de corriger les lacunes et les inégalités historiques en matière de langue.

On reconnaît, en l'espèce, que l'art. 23 de la *Charte* donne aux parents appelants le droit de faire instruire leurs enfants dans des établissements d'enseignement francophones financés sur les fonds publics. Depuis un certain temps, les parents francophones de ces cinq districts scolaires réclamaient au gouvernement provincial des écoles secondaires francophones homogènes en plus des écoles primaires existantes. Le gouvernement a acquiescé à leurs demandes : il n'a pas contesté que le nombre d'élèves justifiait ce service. Afin de respecter les droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis par la *Charte*, il a modifié les art. 11 à 16 de l'*Education Act*, S.N.S. 1995-96, ch. 1, de manière à instituer le Conseil scolaire acadien provincial (le « Conseil »), conseil scolaire francophone ayant compétence dans toute la province. Toutefois, même si le par. 11(1) habilite le Conseil à fournir et à administrer tous les programmes de langue française, seul le ministre peut, avec l'agrément du gouverneur en conseil, construire et aménager des écoles (voir le par. 88(1)). Malgré l'annonce faite en ce sens par le gouvernement, la mise en chantier des nouvelles écoles francophones promises n'a jamais eu lieu. C'est pourquoi, en 1998, soit 16 ans après la constitutionnalisation de ces droits, les parents appelants ont demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de délivrer une ordonnance enjoignant à la province et au Conseil de fournir,



French-language facilities and programs at the secondary school level.

The application was heard before LeBlanc J. in October 1999. LeBlanc J. declared that the applicants were entitled parents under s. 23 of the *Charter* and that the number of students warranted the provision of French homogeneous secondary school facilities in Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle, and Clare: (2000), 185 N.S.R. (2d) 246. He noted, however, that the real issue was not the existence and content of the applicants' s. 23 rights, but the date on which the programs and facilities would finally be made available.

LeBlanc J. found that the respondents had not given sufficient attention to the serious rate of assimilation among Acadians and Francophones in Nova Scotia. The Province treated s. 23 rights as if they were but one more demand for educational programs and facilities, and failed to accord them due priority as constitutional rights. Meanwhile, assimilation continued. LeBlanc J. stated that “[i]t is beyond any doubt that it is time that homogeneous programs and facilities be provided to s. 23 students” (para. 206).

LeBlanc J. considered the state of school programs and facilities, including the progress that had already been made toward complying with s. 23 of the *Charter*, in each of the five school districts at issue. He directed the Province, which, through the Department of Education, is responsible for providing school facilities, and the Conseil, which is responsible for program provision, to build schools and provide programs by more and less specific deadlines. LeBlanc J. required that the respondents use their “best efforts” to comply with his order. Finally, he retained jurisdiction to hear reports from the respondents on their

sur les fonds publics, des programmes et des écoles homogènes de langue française au niveau secondaire.

Après avoir entendu la demande des parents en octobre 1999, le juge LeBlanc rend un jugement déclarant que les parents jouissent des droits garantis à l’art. 23 de la *Charte* et que le nombre d’élèves justifie la fourniture d’établissements d’enseignement secondaire francophones homogènes à Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle et Clare : (2000), 185 N.S.R. (2d) 246. Il indique toutefois que ce qui est véritablement en cause est non pas l’existence et le contenu des droits que l’art. 23 garantit aux appelants, mais plutôt la date à laquelle ils pourront finalement bénéficier des programmes et des écoles.

Le juge LeBlanc estime que les défendeurs n’ont pas attaché assez d’importance à l’inquiétant taux d’assimilation des Acadiens et des francophones de la Nouvelle-Écosse. Selon lui, la province a considéré que les droits garantis par l’art. 23 n’étaient rien de plus qu’une autre demande de programmes éducatifs et d’établissements d’enseignement, et elle ne leur a pas accordé la priorité qui leur est due en tant que droits conférés par la Constitution. Pendant ce temps, l’assimilation se poursuivait. Le juge LeBlanc affirme [TRADUCTION] « [qu’]il ne fait pas l’ombre d’un doute qu’il est temps de fournir aux élèves visés par l’art. 23 des programmes et établissements homogènes » (par. 206).

Le juge LeBlanc examine la situation des programmes éducatifs et des établissements d’enseignement dans les cinq districts scolaires en cause, notamment les progrès accomplis en ce qui concerne le respect de l’art. 23 de la *Charte*. Il ordonne à la province — qui, par l’intermédiaire du ministère de l’Éducation, a la responsabilité de fournir les écoles — et au Conseil — à qui il incombe d’établir les programmes éducatifs — de construire des écoles et d’offrir des programmes dans des délais plus ou moins précis. Il enjoint aux défendeurs de faire [TRADUCTION] « de leur mieux » pour se conformer à son

5

6

7

compliance. The precise wording of the order was as follows:

1. In Kingston/Greenwood, the entitled parents under Section 23 have a right to a homogeneous French program from grades Primary to 12 and the entitled parents have a right to a homogeneous French facility for grades Primary to 12 by September 2000.
2. In Cheticamp, the entitled parents under Section 23 have a right to a homogeneous French secondary program in a homogeneous French facility by September 2000.
3. In Île Madame-Arichat (Petit-de-Grat), the Respondent CSAP shall use its best efforts to provide a homogeneous French program for grades 9 through 12 by September 2000 and the Respondent Department of Education shall use its best efforts (a) to provide a homogeneous French facility (on an interim basis) for grades 9 through 12 by September 2000 and (b) to provide a permanent homogeneous French facility by January 2001.
4. In Argyle, the Respondent CSAP shall use its best efforts to provide a homogeneous French program for grades Primary through 12 by September 2000 and the Respondent Department of Education shall provide a homogeneous French facility for grades Primary through 12 by September 2001.
5. In Clare, the Respondent CSAP shall provide a homogeneous French program for grades Primary through 12 by September 2000 and the Respondent Department of Education shall take immediate steps to provide homogeneous French facilities for grades Primary through 12 by September 2001.
6. The Respondents shall use their best efforts to comply with this Order.
7. The Court shall retain jurisdiction to hear reports from the Respondents respecting the Respondents' compliance with this Order. The Respondents shall report to this Court on March 23, 2001 at 9:30 a.m., or on such other date as the Court may determine.

ordonnance. Enfin, il se déclare compétent pour entendre les comptes rendus des défendeurs sur leur respect de l'ordonnance. Voici le texte précis de l'ordonnance :

[TRADUCTION]

1. À Kingston/Greenwood, les parents visés à l'art. 23 ont droit à un programme homogène en français pour les élèves de première à douzième année et à une école francophone homogène pour les élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2000.
2. À Chéticamp, les parents visés à l'art. 23 ont droit à un programme secondaire homogène en français dans une école francophone homogène, d'ici septembre 2000.
3. À Île Madame-Arichat (Petit-de-Grat), le défendeur le Conseil scolaire acadien provincial (le « Conseil ») devra faire de son mieux pour offrir un programme homogène en français destiné aux élèves de neuvième à douzième année, d'ici septembre 2000, et le défendeur le ministère de l'Éducation devra faire de son mieux pour (a) fournir (provisoirement) une école francophone homogène destinée aux élèves de neuvième à douzième année, d'ici septembre 2000, et (b) fournir une école francophone homogène permanente, d'ici janvier 2001.
4. À Argyle, le défendeur le Conseil devra faire de son mieux pour offrir un programme homogène en français destiné aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2000, et le défendeur le ministère de l'Éducation devra faire de son mieux pour fournir une école francophone homogène destinée aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2001.
5. À Clare, le défendeur le Conseil doit offrir un programme homogène en français destiné aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2000, et le défendeur le ministère de l'Éducation doit prendre des mesures immédiates pour fournir des écoles francophones homogènes destinées aux élèves de première à douzième année, d'ici septembre 2001.
6. Les défendeurs devront faire de leur mieux pour se conformer à la présente ordonnance.
7. La cour se déclare compétente pour entendre les comptes rendus des défendeurs sur leur respect de la présente ordonnance. Les défendeurs devront rendre compte à la cour, le 23 mars 2001 à 9 h 30, ou à toute autre date fixée par cette dernière.

The reference to “the Court” in the final paragraph was interpreted by LeBlanc J., and the parties, as a reference to himself sitting as a judge of the provincial supreme court, rather than to the Supreme Court of Nova Scotia generally, which, as a court of first instance, would be competent to hear applications relating to any failure by the respondents to comply with LeBlanc J.’s order and would require no express retention of jurisdiction. LeBlanc J. presided over several of these “reporting hearings” between July 27, 2000, and March 23, 2001. Prior to each reporting session the trial judge directed the Province to file an affidavit from the appropriate official at the Department of Education, setting out the Department’s progress in complying with the trial judge’s decision. The trial judge permitted the respondent and Conseil to adduce evidence, including rebuttal evidence on various matters relating to compliance with the best efforts order. The Attorney General of Nova Scotia, on behalf of the Department of Education, appealed the part of the order in which LeBlanc J. retained his jurisdiction to hear reports.

The majority at the Nova Scotia Court of Appeal allowed the appeal before the final scheduled reporting hearing took place ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104). Flinn J.A., writing for the majority, emphasized that the declaration of the parents’ rights and the order to provide programs and facilities were not in issue in the appeal (para. 6). Only the trial judge’s retention of jurisdiction to hear reports was challenged. Flinn J.A. held that the trial judge, having decided the issue between the parties, had no further jurisdiction to remain seized of the case. This opinion was based on the common law principle of *functus officio* and Flinn J.A.’s view that the *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, c. 240, not only fails explicitly to authorize the retention of jurisdiction by a trial court after it has decided the issues before it and provided a remedy, but also precludes a trial judge from retaining jurisdiction to determine whether there is compliance with the order. He cited this

8

Les parties partagent l’avis du juge LeBlanc selon lequel le terme « cour » utilisé au dernier paragraphe le désigne lui-même en sa qualité de juge de la Cour suprême de la province, et ne désigne pas la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en général qui, en tant que tribunal de première instance, aurait compétence pour entendre les demandes relatives à toute omission de la part des défendeurs de se conformer à l’ordonnance du juge LeBlanc, sans qu’elle ait à se déclarer expressément compétente à cet égard. Le juge LeBlanc préside plusieurs de ces « auditions de comptes rendus » entre le 27 juillet 2000 et le 23 mars 2001. Avant chacune de ces auditions, il exige le dépôt par la province d’un affidavit dans lequel le fonctionnaire compétent du ministère de l’Éducation expose les progrès réalisés en matière de respect de la décision du tribunal. Le juge permet à l’intimé et au Conseil de présenter des éléments de preuve et de contre-preuve sur diverses questions concernant le respect de l’ordonnance « de faire de son mieux ». Au nom du ministère de l’Éducation, le procureur général de la Nouvelle-Écosse interjette appel contre la partie de l’ordonnance dans laquelle le juge LeBlanc se déclare compétent pour entendre des comptes rendus.

9

Dans un arrêt majoritaire, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse accueille l’appel avant la dernière audience prévue pour la présentation de comptes rendus ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104). Le juge Flinn souligne, au nom des juges majoritaires, que l’appel ne porte ni sur le jugement déclaratoire concernant les droits des parents ni sur l’ordonnance enjoignant de fournir des programmes et des établissements (par. 6). Il porte uniquement sur la déclaration par le juge de première instance qu’il a compétence pour entendre des comptes rendus. Le juge Flinn statue que le juge de première instance ne peut pas rester saisi de l’affaire après avoir tranché la question en litige entre les parties. Cette opinion du juge Flinn repose sur la règle de common law du *functus officio* et sur l’interprétation qu’il donne de la *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 240, selon laquelle non seulement cette loi n’autorise pas expressément le tribunal de première instance

Court's decision in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 952-53, for the principle that it is for Parliament, and not judges, to fix the jurisdiction of courts and that the *Charter* was intended to fit in, rather than to alter, the existing scheme of Canadian legal procedure. After reviewing the language rights jurisprudence, Flinn J.A. concluded that there was no authority or precedent supporting the trial judge's decision to order and conduct the reporting sessions. He concluded that, while it is true that courts have broad ranging powers under s. 24(1) to fashion remedies, and are encouraged to be creative in so doing, the *Charter* does not extend a court's jurisdiction to permit it to enforce its remedies. Finally, Flinn J.A. expressed a reluctance to open the door to American jurisprudence on the enforcement of mandatory injunctions and a fear that post-trial intervention by trial judges in the enforcement of remedies would undermine the tradition of co-operation between the judiciary and the other branches of government.

à se déclarer compétent après avoir tranché les questions dont il est saisi et avoir accordé une réparation, mais encore elle empêche le juge de première instance de se déclarer compétent pour déterminer si l'ordonnance rendue a été respectée. Il a cité l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 952-953, à l'appui du principe voulant qu'il appartienne au législateur, et non aux juges, de définir la compétence des tribunaux, et qu'on ait voulu que la *Charte* s'inscrive dans le régime procédural canadien et non qu'elle le modifie. Après avoir passé en revue la jurisprudence relative aux droits linguistiques, le juge Flinn conclut que ni la doctrine ni la jurisprudence n'étaient la décision du juge de première instance d'ordonner et de tenir des auditions de comptes rendus. Il a conclu que, même s'il est vrai que les tribunaux disposent, en vertu du par. 24(1), d'un vaste éventail de pouvoirs en matière de réparations et qu'ils sont encouragés à se montrer créatifs à cet égard, la *Charte* n'élargit pas leur compétence de manière à leur permettre de mettre à exécution les réparations qu'ils accordent. Enfin, le juge Flinn se montre hésitant à ouvrir la porte à la jurisprudence américaine sur l'exécution des injonctions, disant craindre que l'intervention du juge de première instance dans l'exécution d'une réparation, après le procès, porte atteinte à la tradition de coopération entre le pouvoir judiciaire et les autres branches du gouvernement.

10 Freeman J.A. dissented. In his view, LeBlanc J.'s order was not final and the judge was not *functus officio* until the continuing supervision was completed; the trial judge was able to keep his decision from being final simply by declaring that he was doing so. Freeman J.A. referred to the order as a "creative blending of declaratory and injunctive relief with a means of mediation" and found it to be "of the very essence of the kind of remedy courts are encouraged to seek pursuant to s. 24(1) to give life to *Charter* rights" (para. 70). He noted that requiring fresh applications by the parties each time the Province or the Conseil appeared not to be using its best efforts could have dragged matters out interminably, and would have left the matter to a judge with less familiarity with the issues and legal principles involved.

Dans son opinion dissidente, le juge Freeman affirme que le juge LeBlanc n'a pas rendu une ordonnance définitive et que sa compétence n'a donc pris fin qu'une fois la surveillance terminée; pour empêcher que sa décision soit définitive, il suffisait que le juge le dise expressément. Le juge Freeman qualifie l'ordonnance de [TRADUCTION] « mélange créatif de jugement déclaratoire et d'injonction axée sur la médiation » et considère qu'elle participe de [TRADUCTION] « l'essence même des réparations que les tribunaux sont encouragés à appliquer sous le régime du par. 24(1) afin de donner vie aux droits garantis par la *Charte* » (par. 70). Selon lui, si les parties avaient été tenues de présenter de nouvelles demandes chaque fois que la province ou le Conseil semblait ne pas faire de son mieux, l'affaire aurait pu traîner indéfiniment et

Freeman J.A. concluded that the order, meant to “head off the potential for an enforcement nightmare”, “got the job done, virtually on time, with a minimum of inconvenience or unnecessary cost” (para. 84).

## II. Issues

A preliminary issue raised by the respondent is whether the Court should decline to hear this appeal because it is moot.

The main issue in the appeal is simply this: having found a violation of s. 23 of the *Charter* and having ordered that the Province make its best efforts to provide homogeneous French-language facilities and programs by particular dates, did the Nova Scotia Supreme Court have the authority to retain jurisdiction to hear reports from the Province on the status of those efforts as part of its remedy under s. 24(1) of the *Charter*?

Strictly speaking, only the retention of jurisdiction to hear reports, and not the “best efforts” order itself, is at issue in the present appeal. Nonetheless, the best efforts order and the retention of jurisdiction were conceived by the trial judge as two complementary parts of a whole. A full appreciation of the balance and moderation of the trial judge’s approach to crafting this remedy requires that the reports respecting the respondents’ compliance with the order be viewed and evaluated in the context of the remedy as a whole.

## III. Charter Provisions

LeBlanc J.’s order was designed to remedy a breach of s. 23 of the *Charter* which provides:

### 23. (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

être soumise à un juge moins au fait du dossier et des principes juridiques en cause. Le juge Freeman conclut que l’ordonnance, destinée à [TRADUCTION] « empêcher l’exécution de tourner au cauchemar », « a donné le résultat recherché, pratiquement en temps voulu, avec un minimum d’inconvénients et de dépenses inutiles » (par. 84).

## II. Les questions en litige

L’intimé s’est demandé, à titre préliminaire, si la Cour ne devrait pas refuser d’entendre le pourvoi pour le motif qu’il est devenu théorique.

En l’espèce, la question principale est simplement de savoir si, après avoir conclu à la violation de l’art. 23 de la *Charte* et après avoir ordonné à la province de faire de son mieux pour fournir des établissements et des programmes d’enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a le pouvoir de se déclarer compétente pour entendre les comptes rendus de la province sur les efforts qu’elle a déployés pour mettre à exécution la réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

À proprement parler, le pourvoi ne porte que sur la déclaration de compétence pour entendre des comptes rendus et non sur l’ordonnance même « de faire de son mieux ». Toutefois, le juge de première instance considère que ces déclarations et ordonnance sont des éléments complémentaires d’un tout. Pour bien évaluer le caractère mesuré et modéré de l’approche que le juge a adoptée en accordant la réparation dont il est question en l’espèce, il faut interpréter et évaluer à la lumière de l’ensemble de cette réparation les comptes rendus concernant le respect de l’ordonnance par les intimés.

## III. Les dispositions de la Charte

L’ordonnance du juge LeBlanc vise à réparer une violation de l’art. 23 de la *Charte*, lequel prévoit :

### 23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

11

12

13

14

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

15

LeBlanc J. ordered the remedy challenged in this case pursuant to s. 24(1) of the *Charter* which provides:

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.

#### IV. Analysis

##### A. *Mootness*

16

Before considering the main issue in this case, it is necessary to consider the respondent's argument that this appeal should not be heard because it is moot.

17

The doctrine of mootness reflects the principle that courts will only hear cases that will have the effect of resolving a live controversy which will or may actually affect the rights of the parties to the

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

Le juge LeBlanc a accordé la réparation — contestée en l'espèce — conformément au par. 24(1) de la *Charte*, dont voici le texte :

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.

#### IV. Analyse

##### A. *Le caractère théorique*

Avant d'aborder la principale question soulevée en l'espèce, il faut examiner l'argument de l'intimé que la Cour ne devrait pas entendre ce pourvoi pour le motif qu'il est théorique.

La règle du caractère théorique procède du principe voulant que les tribunaux n'instruisent que des affaires présentant un litige actuel à résoudre, où leur décision aura ou pourra avoir des conséquences

litigation except when the courts decide, in the exercise of their discretion, that it is nevertheless in the interest of justice that the appeal be heard (see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 353). In our view, the instant appeal is moot. The parties attended several reporting hearings, presented evidence and allowed the deponents of affidavits to be cross-examined. The desired effect has been achieved: the schools at issue have been built. Restoring the validity of the trial judge's order would have no practical effect for the litigants in this case and no further reporting sessions are necessary.

Although this appeal is moot, the considerations in *Borowski, supra*, suggest that it should be heard. Writing for the Court, Sopinka J. outlined the following criteria for courts to consider in exercising discretion to hear a moot case (at pp. 358-63):

- (1) the presence of an adversarial context;
- (2) the concern for judicial economy; and
- (3) the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework.

In this case, the appropriate adversarial context persists. The litigants have continued to argue their respective sides vigorously.

As to the concern for conserving scarce judicial resources, this Court has many times noted that such an expenditure is warranted in cases that raise important issues but are evasive of review (*Borowski, supra*, at p. 360; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46). The present appeal raises an important question about the jurisdiction of superior courts to order what may be an effective remedy in some classes of cases. To the extent that the reporting order is

sur les droits des parties, sauf s'ils décident, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, qu'il est néanmoins dans l'intérêt de la justice d'entendre un appel (voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 353). Nous sommes d'avis que le présent pourvoi est devenu théorique. Les parties ont comparu à plusieurs auditions de comptes rendus, fourni des éléments de preuve et permis le contre-interrogatoire des auteurs des affidavits. L'effet recherché a été obtenu : les écoles demandées ont été construites. Le rétablissement de la validité de l'ordonnance du juge de première instance n'entraînerait en l'espèce aucun effet pratique pour les parties, et aucune autre audition de comptes rendus ne s'impose.

Les remarques dans *Borowski*, précité, nous incitent cependant à entendre le pourvoi malgré son caractère théorique. Le juge Sopinka a énuméré, au nom de la Cour, les critères régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'entendre des affaires théoriques (aux p. 358-363) :

- (1) l'existence d'un débat contradictoire;
- (2) le souci d'économie des ressources judiciaires;
- (3) la nécessité pour les tribunaux d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

Le nécessaire débat contradictoire existe toujours en l'espèce. Les parties ont en effet continué de défendre avec vigueur leurs points de vue respectifs.

Quant au souci d'économiser des ressources judiciaires limitées, la Cour a maintes fois signalé que les affaires soulevant des questions importantes qui risquent d'échapper à l'examen judiciaire justifient de mettre ces ressources à contribution (*Borowski, précité*, p. 360; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46). Le présent pourvoi soulève une question importante au sujet du pouvoir des cours supérieures d'ordonner des mesures susceptibles de constituer

18

19

20

effective, it will tend to evade review since parties may rapidly comply with orders before an appeal is heard.

21 Moreover, in deciding whether to hear a moot case, courts must weigh the expenditure of scarce judicial resources against “the social cost of continued uncertainty in the law” (*Borowski, supra*, at p. 361). The social cost of uncertainty as to the available *Charter* remedies is high. The *Charter* is designed to protect those who are most vulnerable to the dangers of majority rule; this aspect of the *Charter*’s purpose is evident in the provisions protecting official minority language education rights. If the Court leaves this matter undecided and courts are left under a misapprehension as to the tools available to ensure that government behaviour conforms with the *Charter*, the obvious danger is less than full protection of *Charter* rights. Thus, the expenditure of judicial resources is warranted in the present case despite the fact that the appeal may be moot. The decision of this Court will provide guidance on the important question of the nature and extent of remedies under s. 24 of the *Charter* in similar cases.

22 Finally, the Court is neither departing from its traditional role as an adjudicator nor intruding upon the legislative or executive sphere by deciding to hear this case (*Borowski, supra*, at p. 362). The question of what remedies are available under the *Charter* falls squarely within the expertise of the Court and is not susceptible to legislative or executive pronouncement. Furthermore, unlike in *Borowski, supra*, at p. 365, the appellants are not seeking an answer to an abstract question on the interpretation of the *Charter*; they are not “turn[ing] this appeal into a private reference”. The Attorney General of Nova Scotia appealed successfully against an order made against it by a superior court. Although the immediate grievances of the appellants have now been addressed, deciding in this case will assist the

une réparation efficace dans certaines catégories de cas. Dans la mesure où elles s’avèrent efficaces, les ordonnances enjoignant de rendre compte tendent à échapper à l’examen judiciaire puisque les parties peuvent s’y conformer rapidement avant l’audition de l’appel.

De plus, pour décider s’il convient d’entendre une affaire théorique, les tribunaux doivent soupeser les ressources judiciaires limitées en fonction du « coût social de l’incertitude du droit » (*Borowski, précité*, p. 361). Or, l’incertitude quant aux réparations permises par la *Charte* entraîne un coût social élevé. La *Charte* vise à protéger ceux qui sont le plus exposés aux dangers de la règle de la majorité; cet aspect des objectifs de la *Charte* ressort clairement des dispositions protégeant les droits à l’instruction dans la langue officielle parlée par la minorité. Si la Cour ne tranche pas cette question et que, de ce fait, les tribunaux ne comprennent pas bien les moyens dont ils disposent pour garantir que le comportement du gouvernement respecte la *Charte*, il est évident que la protection des droits garantis par la *Charte* risque d’être incomplète. C’est pourquoi il est justifié d’affecter des ressources judiciaires à l’examen de la présente affaire malgré la possibilité qu’elle soit devenue théorique. La décision de la Cour fournira des repères pour l’analyse de l’importante question de la nature et de l’étendue des réparations fondées sur l’art. 24 de la *Charte* qui doivent être accordées dans des affaires similaires.

Enfin, en décidant d’entendre le présent pourvoi, la Cour ne s’écarte pas de sa fonction juridictionnelle traditionnelle pas plus qu’elle n’empiète sur les fonctions législative ou exécutive (*Borowski, précité*, p. 362). La question des réparations pouvant être accordées en vertu de la *Charte* relève tout à fait du champ d’expertise de la Cour et ne peut pas faire l’objet d’une décision du législateur ou du pouvoir exécutif. En outre, contrairement à la situation dans l’affaire *Borowski*, les appelants en l’espèce ne demandent pas de répondre à une question abstraite d’interprétation de la *Charte*; ils ne « transforme[nt] [pas] le pourvoi en renvoi d’initiative privée » (*Borowski, précité*, p. 365). Le procureur général de la Nouvelle-Écosse a obtenu l’annulation en appel d’une ordonnance rendue contre lui par une cour



parties to this action, and others in similar circumstances, in their ongoing relationships.

## B. *The Retention of Jurisdiction*

### (1) The Importance of Context: Sections 23 and 24 of the Charter

It is well accepted that the *Charter* should be given a generous and expansive interpretation and not a narrow, technical, or legalistic one (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493). The need for a generous interpretation flows from the principle that the *Charter* ought to be interpreted purposively. While courts must be careful not to overshoot the actual purposes of the *Charter*'s guarantees, they must avoid a narrow, technical approach to *Charter* interpretation which could subvert the goal of ensuring that right holders enjoy the full benefit and protection of the *Charter*. In our view, the approach taken by our colleagues LeBel and Deschamps JJ. which appears to contemplate that special remedies might be available in some circumstances, but not in this case, severely undervalues the importance and the urgency of the language rights in the context facing LeBlanc J.

The requirement of a generous and expansive interpretive approach holds equally true for *Charter* remedies as for *Charter* rights (*R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 (“*Dunedin*”). In *Dunedin*, McLachlin C.J., writing for the Court, explained why this is so. She stated, at para. 18:

[Section] 24(1), like all *Charter* provisions, commands a broad and purposive interpretation. This section forms a vital part of the *Charter*, and must be construed generously, in a manner that best ensures

supérieure. Même s'il est maintenant satisfait aux revendications immédiates des appelants, une décision en l'espèce contribuera à faciliter les rapports entre les parties à la présente affaire et ceux d'autres parties se trouvant dans une situation similaire.

## B. *La déclaration de compétence*

### (1) L'importance du contexte : les art. 23 et 24 de la Charte

Il est bien reconnu qu'il faut donner à la *Charte* une interprétation large et libérale et non étroite ou formaliste (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493). La nécessité de l'interprétation libérale découle du principe d'interprétation téléologique de la *Charte*. Bien qu'ils doivent prendre soin de ne pas outrepasser les objets véritables des garanties qu'elle accorde, les tribunaux n'en doivent pas moins éviter de donner à la *Charte* une interprétation étroite et formaliste susceptible de contrevenir l'objectif qui est d'assurer aux titulaires de droits l'entier bénéfice et la pleine protection de la *Charte*. À notre avis, l'approche adoptée par nos collègues les juges LeBel et Deschamps, qui paraît reconnaître la possibilité d'obtenir des réparations particulières dans certaines circonstances, mais non en l'espèce, sous-estime grandement l'importance des droits linguistiques et la nécessité pressante d'en assurer le respect dans le contexte de l'affaire dont le juge LeBlanc était saisi.

L'exigence d'une interprétation large et libérale vaut autant pour les réparations fondées sur la *Charte* que pour les droits qui y sont garantis (*R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »)). Dans l'arrêt *Dunedin*, précité, par. 18, la juge en chef McLachlin en explique la raison, au nom de la Cour :

... comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, le par. 24(1) commande une interprétation large et téléologique. Il constitue une partie essentielle de la *Charte* et doit être interprété de la manière la plus généreuse qui

the attainment of its objects . . . . Moreover, it is remedial, and hence benefits from the general rule of statutory interpretation that accords remedial statutes a “large and liberal” interpretation . . . . Finally, and most importantly, the language of this provision appears to confer the widest possible discretion on a court to craft remedies for violations of *Charter* rights. In *Mills*, McIntyre J. observed at p. 965 that “[i]t is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion”. This broad remedial mandate for s. 24(1) should not be frustrated by a “(n)arrow and technical” reading of the provision . . . . [Reference omitted.]

25

Purposive interpretation means that remedies provisions must be interpreted in a way that provides “a full, effective and meaningful remedy for *Charter* violations” since “a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach” (*Dunedin, supra*, at paras. 19-20). A purposive approach to remedies in a *Charter* context gives modern vitality to the ancient maxim *ubi jus, ibi remedium*: where there is a right, there must be a remedy. More specifically, a purposive approach to remedies requires at least two things. First, the purpose of the right being protected must be promoted: courts must craft responsive remedies. Second, the purpose of the remedies provision must be promoted: courts must craft effective remedies.

26

The purpose of s. 23 of the *Charter* is “to preserve and promote the two official languages of Canada, and their respective cultures, by ensuring that each language flourishes, as far as possible, in provinces where it is not spoken by the majority of the population” (*Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 362). Minority language education rights are the means by which the goals of linguistic and cultural preservation are achieved (see *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 849-50 (“*Schools Reference*”). This Court has, on a number of occasions, observed the close link between

soit compatible avec la réalisation de son objet [. . .] Il s’agit en outre d’une disposition réparatrice qui, de ce fait, bénéficie de la règle générale d’interprétation législative selon laquelle les lois réparatrices reçoivent une interprétation « large et libérale » [. . .] Dernière considération et élément le plus important : le texte de cette disposition paraît accorder au tribunal le plus vaste pouvoir discrétionnaire possible aux fins d’élaboration des réparations applicables en cas de violations des droits garantis par la *Charte*. Dans l’arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre a fait remarquer qu’« [i] est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (p. 965). Il ne faut pas que ce large mandat réparateur du par. 24(1) soit mis en échec par une interprétation « étroite et formaliste » de la disposition . . . [Renvoi omis.]

Selon le principe de l’interprétation téléologique, les dispositions réparatrices doivent être interprétées de manière à assurer « une réparation complète, efficace et utile à l’égard des violations de la *Charte* », « puisqu’un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus » (*Dunedin*, précité, par. 19-20). L’interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* actualise l’ancienne maxime *ubi jus, ibi remedium*, là où il y a un droit, il y a un recours. Plus particulièrement, cette interprétation comporte au moins deux exigences, à savoir, premièrement, favoriser la réalisation de l’objet du droit garanti (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations adaptées à la situation), et deuxièmement, favoriser la réalisation de l’objet des dispositions réparatrices (les tribunaux sont tenus d’accorder des réparations efficaces).

L’article 23 de la *Charte* a pour objet de « maintenir les deux langues officielles du Canada ainsi que les cultures qu’elles représentent et [de] favoriser l’épanouissement de chacune de ces langues, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n’est pas parlée par la majorité » (*Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 362). Les droits à l’instruction dans la langue de la minorité permettent d’atteindre les objectifs de préservation de la langue et de la culture (voir *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 849-850 (« *Renvoi sur les écoles* »)). La Cour a affirmé, à maintes

language and culture. In *Mahe*, at p. 362, Dickson C.J. stated:

... any broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language. Language is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it. It is the means by which individuals understand themselves and the world around them.

A further aspect of s. 23 of the *Charter* is its remedial nature (see, for example, *Mahe*, *supra*, at p. 363; *Schools Reference*, *supra*, at p. 850; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1, at para. 26). The section is designed to correct past injustices not only by halting the progressive erosion of minority official language cultures across Canada, but also by actively promoting their flourishing (*Mahe*, *supra*, at p. 363; *Schools Reference*, *supra*, at p. 850). Section 23 must therefore be construed “in recognition of previous injustices that have gone unredressed and which have required the entrenchment of protection of minority language rights” (*Schools Reference*, at p. 850; see also *Arsenault-Cameron*, *supra*, at para. 27). This Court has made it clear that the fact that language rights arose from political compromise does not alter their nature and importance; consequently, s. 23 must be given the same large and liberal interpretation as all *Charter* rights (*R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 25; *Arsenault-Cameron*, *supra*, at para. 27).

The minority language education rights protected under s. 23 of the *Charter* are unique. They are distinctively Canadian, representing “a linchpin in this nation’s commitment to the values of bilingualism and biculturalism” (*Mahe*, *supra*, at p. 350). Section 23 places positive obligations on governments to mobilize resources and enact legislation for the development of major institutional structures (*Mahe*, at p. 389). While the rights are granted to individuals (*Schools Reference*, at p. 865), they apply only if the “numbers warrant”, and the specific programs or facilities that the government is

reprises, qu’il existait un lien étroit entre la langue et la culture. Dans l’arrêt *Mahe*, précité, p. 362, le juge en chef Dickson écrit :

... toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l’éducation, est indissociable d’une préoccupation à l’égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu’un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l’identité et de la culture du peuple qui la parle. C’est le moyen par lequel les individus se comprennent eux-mêmes et comprennent le milieu dans lequel ils vivent.

L’article 23 de la *Charte* a également un caractère réparateur (voir, par exemple, *Mahe*, précité, p. 363; *Renvoi sur les écoles*, précité, p. 850; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1, par. 26). Il vise à réparer des injustices passées non seulement en mettant fin à l’érosion progressive des cultures des minorités de langue officielle au pays, mais aussi en favorisant activement leur épanouissement (*Mahe*, précité, p. 363; *Renvoi sur les écoles*, précité, p. 850). C’est pourquoi il faut l’interpréter « compte tenu des injustices passées qui n’ont pas été redressées et qui ont nécessité l’enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité » (*Renvoi sur les écoles*, p. 850-851; voir aussi *Arsenault-Cameron*, précité, par. 27). La Cour a mentionné clairement que le fait que les droits linguistiques découlent d’un compromis politique n’a aucune incidence sur leur nature ou leur importance; l’art. 23 doit donc recevoir la même interprétation large et libérale que les autres droits garantis par la *Charte* (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 25; *Arsenault-Cameron*, précité, par. 27).

Les droits à l’instruction dans la langue de la minorité, que garantit l’art. 23, ont un caractère unique. Ils sont typiquement canadiens en ce qu’ils constituent « la clef de voûte de l’engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme » (*Mahe*, précité, p. 350). L’article 23 impose aux gouvernements l’obligation absolue de mobiliser des ressources et d’édicter des lois pour l’établissement de structures institutionnelles capitales (*Mahe*, p. 389). Bien que les droits soient conférés aux individus (*Renvoi sur les écoles*, p. 865), ils ne peuvent être exercés que si « le nombre le justifie », et la

27

28

required to provide varies depending on the number of students who can potentially be expected to participate (*Mahe, supra*, at p. 366; *Schools Reference, supra*, at p. 850; *Arsenault-Cameron, supra*, at para. 38). This requirement gives the exercise of minority language education rights a unique collective aspect even though the rights are granted to individuals.

29

Another distinctive feature of the right in s. 23 is that the “numbers warrant” requirement leaves minority language education rights particularly vulnerable to government delay or inaction. For every school year that governments do not meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation which carries the risk that numbers might cease to “warrant”. Thus, particular entitlements afforded under s. 23 can be suspended, for so long as the numbers cease to warrant, by the very cultural erosion against which s. 23 was designed to guard. In practical, though not legal, terms, such suspensions may well be permanent. If delay is tolerated, governments could potentially avoid the duties imposed upon them by s. 23 through their own failure to implement the rights vigilantly. The affirmative promise contained in s. 23 of the *Charter* and the critical need for timely compliance will sometimes require courts to order affirmative remedies to guarantee that language rights are meaningfully, and therefore necessarily promptly, protected (see, for example, *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596 (Ont. H.C.); *Marchand v. Simcoe County Board of Education (No. 2)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 171 (Ont. H.C.); *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586 (N.S.S.C.T.D.); *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel v. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), aff'd (1996), 30 O.R. (3d) 681 (C.A.); *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park v. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743 (Sask. Q.B.), aff'd [1999] 12 W.W.R. 742 (Sask. C.A.); *Assoc. Française des Conseils Scolaires de l'Ontario v. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599 (C.A.); *Assn. des parents francophones de*

nature de l'obligation des gouvernements de fournir des établissements et des programmes varie en fonction du nombre d'élèves susceptibles de se prévaloir des services (*Mahe*, précité, p. 366; *Renvoi sur les écoles*, précité, p. 850; *Arsenault-Cameron*, précité, par. 38). Cette exigence donne à l'exercice de ces droits individuels une dimension collective particulière.

Les droits garantis par l'art. 23 présentent une autre caractéristique : en raison de l'exigence du « nombre justificatif », ils sont particulièrement vulnérables à l'inaction ou aux attermolements des gouvernements. Le risque d'assimilation et, par conséquent, le risque que le nombre cesse de « justifier » la prestation des services augmentent avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l'art. 23. Ainsi, l'érosion culturelle que l'art. 23 visait justement à enrayer peut provoquer la suspension des services fournis en application de cette disposition tant que le nombre cessera de justifier la prestation de ces services. De telles suspensions peuvent fort bien devenir permanentes en pratique, mais non du point de vue juridique. Si les attermolements sont tolérés, l'omission des gouvernements d'appliquer avec vigilance les droits garantis par l'art. 23 leur permettra éventuellement de se soustraire aux obligations que leur impose cet article. La promesse concrète contenue à l'art. 23 de la *Charte* et la nécessité cruciale qu'elle soit tenue à temps obligent parfois les tribunaux à ordonner des mesures réparatrices concrètes destinées à garantir aux droits linguistiques une protection réelle et donc nécessairement diligente (voir, par exemple, *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 29 D.L.R. (4th) 596 (H.C. Ont.); *Marchand c. Simcoe County Board of Education (No. 2)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 171 (H.C. Ont.); *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 47 D.L.R. (4th) 586 (C.S.N.-É. 1<sup>re</sup> inst.); *Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 704 (C. Ont. (Div. gén.)), conf. par (1996), 30 O.R. (3d) 681 (C.A.); *Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park c. Saskatchewan*, [1999] 3 W.W.R. 743 (B.R. Sask.), conf. par [1999] 12 W.W.R. 742 (C.A. Sask.); *Assoc.*

*la Colombie-Britannique v. British Columbia* (1998), 167 D.L.R. (4th) 534 (B.C.S.C.).

To put the matter of judicial remedies in greater context, it is useful to reflect briefly on the role of courts in the enforcement of our laws.

Canada has evolved into a country that is noted and admired for its adherence to the rule of law as a major feature of its democracy. But the rule of law can be shallow without proper mechanisms for its enforcement. In this respect, courts play an essential role since they are the central institutions to deal with legal disputes through the rendering of judgments and decisions. But courts have no physical or economic means to enforce their judgments. Ultimately, courts depend on both the executive and the citizenry to recognize and abide by their judgments.

Fortunately, Canada has had a remarkable history of compliance with court decisions by private parties and by all institutions of government. That history of compliance has become a fundamentally cherished value of our constitutional democracy; we must never take it for granted but always be careful to respect and protect its importance, otherwise the seeds of tyranny can take root.

This tradition of compliance takes on a particular significance in the constitutional law context, where courts must ensure that government behaviour conforms with constitutional norms but in doing so must also be sensitive to the separation of function among the legislative, judicial and executive branches. While our Constitution does not expressly provide for the separation of powers (see *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 601; *Reference re Secession of Quebec*, [1998]

*Française des Conseils Scolaires de l'Ontario c. Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 599 (C.A.); *Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique c. British Columbia* (1998), 167 D.L.R. (4th) 534 (C.S.C.-B.)).

Afin de situer la question des réparations judiciaires dans un contexte plus général, il est utile d'examiner brièvement le rôle que les tribunaux jouent en matière d'application des lois.

Le Canada s'est gagné reconnaissance et admiration en faisant de la primauté du droit une caractéristique majeure de sa démocratie. Toutefois, la primauté du droit non assortie des mécanismes propres à en assurer le respect risque de demeurer un principe superficiel. Les tribunaux jouent un rôle essentiel à cet égard puisque c'est à eux, en tant qu'institutions centrales, qu'il revient de résoudre les différends juridiques en rendant des jugements et des décisions. Cependant, ils ne disposent pas des ressources matérielles ou financières requises pour assurer l'exécution de leurs jugements. En fin de compte, ils s'en remettent à l'exécutif et aux citoyens pour ce qui est de reconnaître et de respecter leurs jugements.

Heureusement, au Canada, il existe une tradition de respect remarquable des décisions judiciaires de la part des parties privées et des institutions gouvernementales. Cette tradition s'est transformée en une précieuse valeur fondamentale de notre démocratie constitutionnelle. Il faut se garder de la tenir pour acquise, et toujours prendre soin d'en honorer et d'en protéger l'importance, afin d'éviter que les germes de la tyrannie s'enracinent.

Cette tradition de respect prend une dimension particulière dans le contexte du droit constitutionnel, où les tribunaux doivent veiller à ce que l'action du gouvernement soit conforme aux normes constitutionnelles tout en ne perdant pas de vue la séparation des fonctions entre les pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif. Bien que la Constitution ne prévoit pas expressément la séparation des pouvoirs (voir *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 728; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 601; *Renvoi relatif à la sécession du*

30

31

32

33

2 S.C.R. 217, at para. 15), the functional separation among the executive, legislative and judicial branches of governance has frequently been noted. (See, for example, *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70.) In *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, McLachlin J. (as she then was) stated, at p. 389:

Our democratic government consists of several branches: the Crown, as represented by the Governor General and the provincial counterparts of that office; the legislative body; the executive; and the courts. It is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other.

34

In other words, in the context of constitutional remedies, courts must be sensitive to their role as judicial arbiters and not fashion remedies which usurp the role of the other branches of governance by taking on tasks to which other persons or bodies are better suited. Concern for the limits of the judicial role is interwoven throughout the law. The development of the doctrines of justiciability, and to a great extent mootness, standing, and ripeness resulted from concerns about the courts overstepping the bounds of the judicial function and their role *vis-à-vis* other branches of government.

35

In addition, it is unsurprising, given how the *Charter* changed the nature of our constitutional structure by requiring that all laws and government action conform to the *Charter*, that concerns about the limits of the judicial role have animated much of the *Charter* jurisprudence and commentary surrounding it (see, for example, K. Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001); C. P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism* (1993); F. L. Morton and R. Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party* (2000); A. Petter, "The Politics of

*Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 15), les tribunaux ont fréquemment signalé l'existence d'une séparation fonctionnelle entre les branches exécutive, législative et judiciaire de l'État. (Voir, par exemple, *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470.) Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) affirme à la p. 389 :

Notre gouvernement démocratique comporte plusieurs branches : la Couronne représentée par le gouverneur général et ses homologues provinciaux, l'organisme législatif, l'exécutif et les tribunaux. Pour assurer le fonctionnement de l'ensemble du gouvernement, il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre.

Autrement dit, lorsqu'ils accordent des réparations constitutionnelles, les tribunaux doivent être conscients de leur rôle d'arbitre judiciaire et s'abstenir d'usurper les fonctions des autres branches du gouvernement en s'arrogeant des tâches pour lesquelles d'autres personnes ou organismes sont mieux qualifiés. Le souci des limites du rôle judiciaire est omniprésent en droit. L'établissement de la règle de la justiciabilité et, dans une large mesure, de celles du caractère théorique, de la qualité pour agir et de la question mûre pour décision découle de la crainte que les tribunaux outrepassent leur fonction judiciaire et empiètent sur le rôle des autres branches du gouvernement.

En outre, compte tenu des changements que la *Charte* a apportés à la nature de notre structure constitutionnelle en exigeant la conformité de toute loi et de toute action gouvernementale à ses dispositions, il n'est pas étonnant que la jurisprudence relative à la *Charte* et les commentaires des auteurs à son sujet aient fait tant de cas de la question des limites du rôle judiciaire (voir, par exemple, K. Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* (2001); C. P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism* (1993); F. L. Morton et R. Knopff, *The Charter Revolution and*

the Charter" (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473). Thus, in *Vriend, supra*, this Court stated, at para. 136:

In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others' role and the role of the courts.

Deference ends, however, where the constitutional rights that the courts are charged with protecting begin. As McLachlin J. stated in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 136:

Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament's choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament.

Determining the boundaries of the courts' proper role, however, cannot be reduced to a simple test or formula; it will vary according to the right at issue and the context of each case.

Returning to this appeal, we believe that LeBlanc J. was duly guided by historical and contextual factors in crafting a remedy that would meaningfully protect, indeed implement, the applicants' rights to minority official language education for their children while maintaining appropriate respect for the proper roles of the executive and legislative branches.

As indicated earlier, the history of French-language education in Nova Scotia has been disappointing, resulting in high rates of assimilation

*the Court Party* (2000); A. Petter, « The Politics of the Charter » (1986), 8 *Supreme Court L.R.* 473). Ainsi, la Cour a statué dans *Vriend*, précité, par. 136 :

Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

Cependant, la déférence s'arrête là où commentent les droits constitutionnels que les tribunaux sont chargés de protéger. Comme le déclare la juge McLachlin dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 136 :

Le Parlement a son rôle : choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle : déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité.

La délimitation du rôle que les tribunaux ont à jouer ne saurait toutefois se réduire à un simple critère ou une simple formule; leur rôle varie en fonction du droit en cause et du contexte de chaque affaire.

En ce qui concerne le présent pourvoi, nous croyons que le juge LeBlanc s'est à bon droit appuyé sur des facteurs historiques et contextuels pour concevoir une réparation qui protégerait utilement et, en fait, mettrait en application les droits des appelants de faire instruire leurs enfants dans la langue officielle parlée par la minorité, tout en respectant comme il se doit les rôles respectifs de l'exécutif et du législatif.

Là encore, l'histoire de l'instruction en français en Nouvelle-Écosse est décevante; on a abouti à un taux d'assimilation élevé qui se poursuivait toujours

36

37

38

that have continued well into the period when this litigation began. While the situation is not what it was in the eighteenth and nineteenth centuries when French-language education in Acadia was for the most part either expressly prohibited or unavailable, the promise of s. 23 had yet to be fulfilled in the five school districts at issue in this appeal when the appellants brought their application demanding homogeneous French-language facilities before the Supreme Court of Nova Scotia in 1998. Through the mid-1990s, s. 23 parents had pressured the government to provide homogeneous French-language facilities in presentations to Legislative Committees and in written and oral submissions to Ministers of Education. They had submitted petitions, letters, and expert analyses on assimilation to the Province. In 1996, amendments to the *Education Act* provided for a French-language school board, the Conseil scolaire acadien provincial, geared toward the fulfilment of the Province's s. 23 obligations. The school board then decided to provide the facilities at issue in this appeal. From 1997 to 1999, the provincial government announced the construction of homogeneous French-language schools in Petit-de-Grat, Clare, and Argyle. The schools were never built, and the construction projects were officially put on hold in September 1999.

39

The reason for the delay, broadly speaking, was the government's failure to give due priority to s. 23 rights in educational policy setting. Indeed, LeBlanc J. observed that the real issue between the parties by the time of trial was the date on which the programs ought to be implemented, rather than any question as to whether they were required in the first place. The government cited a lack of consensus in the community, a consequent fear that enrollment would drop, and lack of funds as reasons for its decision to place the previously announced school construction projects on hold pending cost-benefit reviews. LeBlanc J. rightly concluded that none of these reasons justified the government's failure to fulfill its obligations under s. 23. He found that the government had been treating the provision of s. 23 schools no differently from programs or facilities

au moment où a commencé le présent litige. La situation n'est certes plus ce qu'elle était aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, alors que l'instruction en français en Acadie était le plus souvent inexistante ou expressément interdite, mais dans les cinq districts scolaires en cause, la promesse contenue à l'art. 23 n'était toujours pas réalisée, en 1998, au moment où les appelants ont présenté à la Cour suprême de la province une demande visant à obtenir des établissements d'enseignement francophones homogènes. Jusqu'au milieu des années 90, les parents visés par l'art. 23 avaient exercé des pressions sur le gouvernement pour qu'il fournisse des établissements francophones homogènes, en comparaisant devant des comités législatifs et en présentant des mémoires ou des observations orales au ministre de l'Éducation. Ils avaient soumis des pétitions, envoyé des lettres et présenté des analyses d'experts sur l'assimilation dans la province. En 1996, l'*Education Act* a été modifiée de manière à créer un conseil scolaire francophone, le Conseil scolaire acadien provincial, qui serait chargé de remplir les obligations imposées à la province par l'art. 23. Le Conseil a alors décidé de fournir les établissements en cause dans le présent pourvoi. De 1997 à 1999, le gouvernement provincial a annoncé la construction d'écoles francophones homogènes à Petit-de-Grat, Clare et Argyle. La mise en chantier des écoles n'a jamais eu lieu et les projets de construction ont été officiellement suspendus en septembre 1999.

De façon générale, ces attermoissements s'expliquent par le défaut du gouvernement d'accorder aux droits protégés par l'art. 23 la priorité qui leur revient en matière de politique d'enseignement. En fait, le juge LeBlanc a souligné qu'au moment de l'instruction de l'affaire la véritable question en litige entre les parties était la date de mise en œuvre des programmes plutôt que leur nécessité au départ. Pour justifier sa décision de suspendre les projets de construction déjà annoncés en attendant les conclusions d'analyses coûts-avantages, le gouvernement a mentionné l'absence de consensus dans la collectivité — d'où la crainte d'une baisse des inscriptions — et le manque de fonds. Le juge LeBlanc a eu raison de conclure qu'aucun de ces motifs ne justifiait le défaut du gouvernement de s'acquitter des obligations que lui impose l'art. 23. Selon lui,



generally, without attention to purposes of s. 23 of the *Charter* and the role that homogeneous schools play in French linguistic and cultural preservation and flourishing (para. 205). Meanwhile, assimilation continued (para. 210) and enrollment in the Conseil's schools was dropping. Programs were in jeopardy (paras. 229-30).

It is in this urgent context of ongoing cultural erosion that LeBlanc J. crafted his remedy. He was sensitive to the need for timely execution, the limits of the judicial role, and the desirability of allowing the government flexibility in the manner of fulfilling its constitutional obligations when he ordered the government to make best efforts to provide facilities by particular dates and retained jurisdiction to hear progress reports. However, the urgency of the context does not by itself create jurisdiction in a superior court to issue a remedy of unlimited scope under s. 24(1) of the *Charter*. We now turn to the question of whether LeBlanc J.'s order was within the jurisdiction of a superior court.

(2) The Jurisdiction of a Superior Court to Issue a Remedy Under Section 24(1) of the *Charter*

Section 24(1) entrenches in the Constitution a remedial jurisdiction for infringements or denials of *Charter* rights and freedoms. The respondent makes various arguments suggesting that LeBlanc J. exceeded his jurisdiction by violating constitutional norms, statutory provisions, and common law rules. We will first deal with the extent of the remedial jurisdiction in s. 24(1) and the constitutional limits to that jurisdiction proposed by the respondent. Later we will discuss how statutes and common law rules might be relevant to the choice of remedy under s. 24(1).

le gouvernement avait traité les écoles requises en vertu de l'art. 23 de la *Charte* de la même manière que les autres établissements ou programmes en général, sans s'attarder à l'objet de cet article et au rôle des écoles homogènes en ce qui concerne la préservation et l'épanouissement de la langue et de la culture françaises (par. 205). Pendant ce temps, l'assimilation se poursuivait (par. 210) et les inscriptions aux écoles du Conseil chutaient. Les programmes étaient en péril (par. 229-230).

C'est dans ce contexte urgent d'érosion culturelle que le juge LeBlanc a conçu la réparation en cause. En ordonnant au gouvernement de faire de son mieux pour fournir des établissements dans des délais déterminés et en se déclarant compétent pour entendre les comptes rendus sur les efforts déployés à cet égard, le juge a tenu compte de la nécessité d'une exécution diligente, des limites du rôle des tribunaux et de l'opportunité de laisser au gouvernement une certaine latitude dans la façon de remplir les obligations que lui impose la Constitution. Toutefois l'urgence du contexte n'habilite pas en soi une cour supérieure à accorder une réparation d'une portée illimitée sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Nous abordons maintenant la question de savoir si l'ordonnance du juge LeBlanc ressortissait à la compétence d'une cour supérieure.

(2) La compétence des cours supérieures en matière de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*

Le paragraphe 24(1) constitutionnalise le pouvoir des tribunaux de réparer des négations ou violations de droits et libertés garantis par la *Charte*. L'intimé avance divers arguments selon lesquels le juge LeBlanc aurait outrepassé sa compétence en contrevenant à des normes constitutionnelles, à des dispositions législatives et à des règles de common law. Nous examinerons d'abord la portée de la compétence que le par. 24(1) confère en matière de réparation, ainsi que les limites auxquelles la Constitution assujettit cette compétence selon l'intimé. Nous analyserons ensuite l'utilité des textes de loi et des règles de common law dans le choix des réparations visées au par. 24(1).

42

Clearly, if there is some constitutional limit to the remedial power either in s. 24(1) or in some other part of the Constitution, the judge ordering a remedy must respect this boundary. As a basic rule, no part of the Constitution can abrogate or diminish another part of the Constitution (*New Brunswick Broadcasting, supra*, at p. 373, McLachlin J. citing *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148). For example, a court could not compel a provincial government to do something pursuant to s. 24(1) which would exceed the jurisdiction of the province under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

43

A remedy under s. 24(1) is available where there is some government action, beyond the enactment of an unconstitutional statute or provision, that infringes a person's *Charter* rights (see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 719-20). In the present appeal, the difficulty does not lie with the legislation: no provision or omission in the *Education Act* prevented the government from providing minority language education as required by the *Constitution Act, 1982*. On the contrary, the *Education Act*, as amended in 1996, establishes a French-language school board to provide homogeneous French-language education to children of s. 23 entitled parents. Neither is the problem rooted in any particular government action; rather, the problem was inaction on the part of the provincial government, particularly its failure to mobilize resources to provide school facilities in a timely fashion, as required by s. 23 of the *Charter*. Section 24(1) is available to remedy this failure.

44

To repeat its text, s. 24(1) of the *Charter* provides:

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.

Il est incontestable que, si le pouvoir de réparation comporte certaines limites en vertu du par. 24(1) ou d'autres parties de la Constitution, le juge doit agir en conséquence au moment d'accorder une réparation. Selon une règle fondamentale, une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution (*New Brunswick Broadcasting*, précité, p. 373, la juge McLachlin, citant le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148). Par exemple, un tribunal ne saurait forcer un gouvernement provincial à prendre, en vertu du par. 24(1), une mesure qui excéderait la compétence conférée à la province par l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il peut y avoir lieu à réparation sous le régime du par. 24(1) lorsqu'une action du gouvernement, autre que l'adoption d'une loi ou d'une disposition législative inconstitutionnelle, porte atteinte aux droits que la *Charte* garantit à une personne (voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 719-720). En l'espèce, ce n'est pas la loi qui fait problème : l'*Education Act* ne comporte ni disposition ni omission empêchant le gouvernement de dispenser l'instruction dans la langue de la minorité conformément à la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au contraire, cette loi, dans sa version modifiée de 1996, établit un conseil scolaire francophone chargé d'offrir un enseignement homogène en français aux enfants des parents visés à l'art. 23. De même, le problème découle non pas d'une action gouvernementale quelconque, mais plutôt de l'inaction du gouvernement provincial et, en particulier, de son défaut de mobiliser des ressources pour fournir sans délai des établissements d'enseignement, conformément à l'art. 23 de la *Charte*. On peut se prévaloir du par. 24(1) pour remédier à ce défaut.

Voici, encore une fois, le texte du par. 24(1) de la *Charte* :

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.

The purposive reading of s. 24(1) and also the ordinary meaning of the drafter's language make it clear that s. 24(1) guarantees that there must always be a court of competent jurisdiction to hear anyone whose rights or freedoms have been infringed or denied (see *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 196, and *Mills, supra*, at p. 881). The default court of competent jurisdiction is a superior court established under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. It is also plainly contemplated in s. 24(1) that a court of competent jurisdiction will have the authority to grant a remedy that it considers appropriate and just in the circumstances.

The respondent Attorney General of Nova Scotia suggested that *Re Residential Tenancies Act, 1979, supra*, and other cases which describe the functions of courts in the context of s. 96 should be read as setting limits on superior courts' remedial power. With respect, that submission must fail. It is true that in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, at pp. 734-35, Dickson J. (as he then was) discussed the nature of the "judicial function" of s. 96 courts. But this discussion occurred in the context of a s. 96 challenge to the validity of a statute conferring jurisdiction on an administrative tribunal. Section 96 protects a "core" of superior courts' jurisdiction from being transferred exclusively to provincial inferior courts or administrative tribunals (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 15, *per* Lamer C.J.). These cases safeguarding a core do not trace the limits of superior courts' jurisdiction. There is nothing in s. 96 to limit the inherent jurisdiction of the superior courts or the jurisdiction that can be conferred on them by statute (*Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, at p. 274) and, *a fortiori*, nothing to limit the jurisdiction of a superior court under s. 24(1) of the *Charter*.

In a similar vein, the respondent Attorney General suggests that this Court's decisions in *Mills* and *Dunedin*, both *supra*, which set out a

L'interprétation téléologique de ce texte et le sens ordinaire des mots utilisés par son rédacteur montrent clairement qu'il garantit qu'il y aura toujours un tribunal compétent pour entendre les personnes victimes de violation ou de négation de leurs droits ou libertés (voir *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, p. 196, et *Mills*, précité, p. 881). Les tribunaux compétents sont *ipso facto* les cours supérieures établies en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 24(1) prévoit, en outre, clairement que les tribunaux compétents peuvent accorder la réparation qu'ils estiment convenable et juste eu égard aux circonstances.

L'intimé, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, laisse entendre que le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, et d'autres décisions décrivant les fonctions judiciaires dans le contexte de l'art. 96 doivent être interprétés comme fixant des limites au pouvoir de réparation des cours supérieures. Cet argument ne peut être retenu. Certes, dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la nature de la « fonction judiciaire » des tribunaux visés à l'art. 96 (p. 734-735). Cependant, il l'a fait dans le cadre d'une contestation, fondée sur l'art. 96, de la validité d'une loi attribuant compétence à un tribunal administratif. L'article 96 empêche qu'un « élément fondamental » de la compétence des cours supérieures soit transféré exclusivement à des tribunaux de juridiction inférieure ou à des tribunaux administratifs provinciaux (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 15, le juge en chef Lamer). Cette jurisprudence qui préserve un élément fondamental de la compétence des cours supérieures ne fixe pas les limites de cette compétence. Rien dans l'art. 96 n'a pour effet de limiter la compétence inhérente des cours supérieures ou les pouvoirs qui peuvent leur être conférés par voie législative (*Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, p. 274) et, encore moins, la compétence dont le par. 24(1) de la *Charte* investit les cours supérieures.

Dans la même veine, l'intimé le procureur général laisse entendre que les arrêts *Mills* et *Dunedin*, précités, de la Cour, qui établissent un système

framework for determining when a court or tribunal is competent to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter*, deny the availability of the remedy ordered in this case. In our opinion, this submission rests on a mistaken view of the source of superior courts' power to grant *Charter* remedies.

48

In *Mills*, the Court considered whether a preliminary hearing magistrate given jurisdiction by particular provisions of the *Criminal Code* was a court of competent jurisdiction for the purposes of entering a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Charter*. The unanimous conclusion of the Court was that a magistrate sitting at preliminary hearing was not competent to provide that remedy. McIntyre J., speaking for the majority on this point, emphasized the limited function of a court sitting in preliminary inquiry, which is to commit the accused to trial where there is sufficient evidence, or discharge the accused where there is not. The role does not include entering acquittals or convictions, imposing penalties, or giving remedies. As such, remedies under s. 24(1) could not be granted by that tribunal. Subsequent cases applying *Mills*, including *Dunedin, supra*, *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, and *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, considered whether administrative tribunals or judges acting under statutory authority had the power to issue particular *Charter* remedies under s. 24(1). In each case, the analysis was directed at discerning what kinds of powers the legislator intended the tribunal to exercise in light of the purposes of the *Charter* as well as the tribunal's function and the practical limits imposed by its structure. This analysis has no application to s. 96 courts which are, of course, not creatures of statute but courts of general inherent jurisdiction.

49

Thus, when McIntyre J. wrote in *Mills, supra*, at p. 953, that "the *Charter* was not intended to turn the Canadian legal system upside down", he meant that s. 24(1) did not confer new jurisdiction on statutory and inferior tribunals beyond that which

permettant de déterminer quand un tribunal judiciaire ou administratif a compétence pour accorder une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, empêchant d'accorder le type de réparation en cause dans la présente affaire. À notre avis, cet argument procède d'une conception erronée de la source du pouvoir des cours supérieures d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*.

Dans l'arrêt *Mills*, la Cour s'est demandé si le magistrat habilité par des dispositions du *Code criminel* à présider une enquête préliminaire était un tribunal compétent pour ordonner la suspension de procédures au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Elle a conclu à l'unanimité que le magistrat n'avait pas cette compétence. S'exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, le juge McIntyre a insisté sur la fonction limitée du magistrat à l'enquête préliminaire, qui consiste à renvoyer l'accusé à procès lorsque la preuve est suffisante ou à le libérer si elle ne l'est pas. Il n'entre pas dans ses attributions de prononcer un verdict d'acquiescement ou de culpabilité, d'imposer une peine ou encore d'accorder une réparation. Cela explique pourquoi il ne peut donc accorder une réparation fondée sur le par. 24(1). Dans la jurisprudence subséquente où elle a appliqué l'arrêt *Mills*, notamment *Dunedin*, précité, *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, et *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, la Cour s'est demandé si les tribunaux administratifs ou les juges habilités par la loi avaient le pouvoir d'accorder certaines réparations fondées sur le par. 24(1) de la *Charte*. Dans chaque cas, l'analyse avait pour but de déterminer le genre de pouvoirs que le législateur avait voulu que le tribunal en cause exerce à la lumière des objets de la *Charte*, ainsi que la fonction du tribunal et les limites pratiques imposées par sa structure. Cette analyse ne s'applique pas aux tribunaux visés par l'art. 96, qui, bien sûr, ne doivent pas leur existence à une loi et qui possèdent une compétence générale inhérente.

Ainsi, lorsqu'il écrit, dans l'arrêt *Mills*, précité, p. 953, que la *Charte* « n'était pas censée provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien », le juge McIntyre veut dire que le par. 24(1) ne confère pas aux tribunaux d'origine législative et

was intended by the legislator as reflected in the tribunal's function and the practical limits imposed by its structure. The test set out in *Mills* does not apply to superior courts since, as McIntyre J. pointed out, a superior court will always be a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter* (*Mills*, *supra*, at p. 956). Superior courts retain "constant, complete and concurrent jurisdiction" to issue remedies under s. 24(1) (see *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at pp. 603-4, citing *Mills*, *supra*, at p. 892, and *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, at pp. 1129-30).

The foregoing analysis does not preclude review on appeal of a superior court's choice of remedy under s. 24(1). Rather, it simply forecloses the argument that a given remedy under s. 24 is unavailable in a superior court because of the constitutional limitations on its jurisdiction as proposed by the respondent. The nature and extent of remedies available under s. 24(1) remain limited by the words of the section itself and must be read in harmony with the rest of our Constitution. As McIntyre J. wrote in *Mills*, *supra*, at p. 965:

What remedies are available when an application under s. 24(1) of the *Charter* succeeds? Section 24(1) again is silent on the question. It merely 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.

McLachlin C.J. recently endorsed this passage in *Dunedin*, *supra*, at para. 18. Consequently, a party seeking to challenge a *Charter* remedy ordered by a s. 96 court must show that the order is not "appropriate and just in the circumstances".

aux tribunaux inférieurs une nouvelle compétence s'ajoutant à celle que le législateur a voulu leur conférer, comme en témoignent leur fonction et les limites pratiques imposées par leur structure. Le critère de l'arrêt *Mills* ne s'applique pas aux cours supérieures, puisqu'elles sont toujours des tribunaux compétents au sens du par. 24(1) de la *Charte*, comme l'a fait remarquer le juge McIntyre (*Mills*, précité, p. 956). Les cours supérieures possèdent une « compétence concurrente, permanente et complète » pour accorder des réparations fondées sur le par. 24(1) (voir *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 603-604, citant *Mills*, précité, p. 892, et voir aussi *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, p. 1129-1130).

L'analyse qui précède n'interdit pas l'examen en appel de la réparation qu'une cour supérieure a choisi d'accorder en vertu du par. 24(1). Elle empêche simplement de prétendre, comme le fait l'intimé, qu'une cour supérieure ne peut pas accorder une certaine mesure réparatrice fondée sur l'art. 24 en raison des limites que la Constitution impose à sa compétence. C'est le texte même du par. 24(1) qui limite la nature et la portée des réparations pouvant être accordées, et ce texte doit recevoir une interprétation qui s'accorde avec le reste de notre Constitution. Comme le juge McIntyre l'a écrit dans *Mills*, précité, p. 965-966 :

Quelle réparation peut-on obtenir lorsqu'il est fait droit à une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*? Là encore le par. 24(1) n'apporte pas de réponse. Il ne fait que prévoir 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.

La juge en chef McLachlin a récemment souscrit à ce passage dans l'arrêt *Dunedin*, précité, par. 18. Par conséquent, la partie qui veut contester une réparation accordée en vertu de la *Charte* par un tribunal visé à l'art. 96 doit démontrer que cette réparation n'est pas « convenable et juste eu égard aux circonstances ».

51

The power of the superior courts under s. 24(1) to make appropriate and just orders to remedy infringements or denials of *Charter* rights is part of the supreme law of Canada. It follows that this remedial power cannot be strictly limited by statutes or rules of the common law. We note, however, that statutes and common law rules may be helpful to a court choosing a remedy under s. 24(1) insofar as the statutory provisions or common law rules express principles that are relevant to determining what is “appropriate and just in the circumstances”.

(3) The Meaning of “Appropriate and Just in the Circumstances”

52

What, then, is meant in s. 24(1) by the words “appropriate and just in the circumstances”? Clearly, the task of giving these words meaning in particular cases will fall to the courts ordering the remedies since s. 24(1) specifies that the remedy should be such as the court considers appropriate and just. Deciding on an appropriate and just remedy in particular circumstances calls on the judge to exercise a discretion based on his or her careful perception of the nature of the right and of the infringement, the facts of the case, and the application of the relevant legal principles. Once again, we emphasize McIntyre J.’s words in *Mills, supra*, at p. 965:

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.

53

With respect, the approach to s. 24 reflected in the reasons of LeBel and Deschamps JJ. would tend to pre-empt and reduce this wide discretion. Their approach would also, in this case, pre-empt and devalue the constitutional promise respecting language rights in s. 23. In our view, judicial restraint and metaphors such as “dialogue” must not be elevated to the level of strict constitutional rules to which the words of s. 24 can be subordinated. The

Le pouvoir que le par. 24(1) confère aux cours supérieures de rendre des ordonnances convenables et justes afin de remédier à des violations ou négations de droits garantis par la *Charte* fait partie de la loi suprême du Canada. Il s’ensuit qu’il ne peut être strictement limité par des dispositions législatives ou des règles de common law. Toutefois, nous constatons que les lois ou les règles de common law peuvent aider les tribunaux à choisir les réparations à accorder sous le régime du par. 24(1) dans la mesure où elles énoncent des principes utiles pour déterminer ce qui est « convenable et juste eu égard aux circonstances ».

(3) La signification de « convenable et juste eu égard aux circonstances »

Que signifie alors l’expression « convenable et juste eu égard aux circonstances » utilisée au par. 24(1)? Dans certains cas, il appartient nettement au tribunal qui accorde la réparation de donner un sens à cette expression, étant donné que le par. 24(1) précise que la réparation accordée doit être celle que le tribunal estime convenable et juste. Pour décider quelle réparation est convenable et juste dans une situation donnée, le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur son appréciation prudente de la nature du droit et de la violation en cause, sur les faits et sur l’application des principes juridiques pertinents. Il y a lieu de répéter le passage suivant des motifs du juge McIntyre dans *Mills*, précité, p. 965-966 :

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.

En toute déférence, l’interprétation de l’art. 24 qui se dégage des motifs des juges LeBel et Deschamps tendrait à court-circuiter et à réduire ce large pouvoir discrétionnaire. Elle tendrait également, en l’espèce, à court-circuiter et à dévaloriser la promesse constitutionnelle relative aux droits linguistiques contenue à l’art. 23. À notre avis, la retenue judiciaire et les métaphores comme celle du « dialogue » ne doivent pas être érigées en règles constitutionnelles strictes

same may be said of common law procedural principles such as *functus officio* which may to some extent be incorporated in statutes. Rather, as LeBel and Deschamps JJ. appear to recognize at paras. 135 and following, there are situations in which our Constitution requires special remedies to secure the very order it envisages.

While it would be unwise at this point to attempt to define, in detail, the words “appropriate and just” or to draw a rigid distinction between the two terms, there are some broad considerations that judges should bear in mind when evaluating the appropriateness and justice of a potential remedy. These general principles may be informed by jurisprudence relating to remedies outside the *Charter* context, such as cases discussing the doctrine of *functus* and overly vague remedies, although, as we have said, that jurisprudence does not apply strictly to orders made under s. 24(1):

First, an appropriate and just remedy in the circumstances of a *Charter* claim is one that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimants. Naturally, this will take account of the nature of the right that has been violated and the situation of the claimant. A meaningful remedy must be relevant to the experience of the claimant and must address the circumstances in which the right was infringed or denied. An ineffective remedy, or one which was “smothered in procedural delays and difficulties”, is not a meaningful vindication of the right and therefore not appropriate and just (see *Dunedin*, *supra*, at para. 20, McLachlin C.J. citing *Mills*, *supra*, at p. 882, *per* Lamer J. (as he then was)).

Second, an appropriate and just remedy must employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy. As discussed above, a court ordering a *Charter* remedy must strive to respect the relationships with and separation of functions among the legislature, the

auxquelles peuvent être assujettis les termes de l’art. 24. Le même raisonnement s’applique aux règles procédurales de common law, comme celle du *functus officio*, qui, dans une certaine mesure, peuvent être incorporées dans des lois. Comme les juges LeBel et Deschamps semblent le reconnaître aux par. 135 et suivants, il faut plutôt considérer qu’il existe des situations où notre Constitution requiert des réparations particulières afin d’assurer le maintien de l’ordre qu’elle vise à établir.

Bien qu’il ne soit pas sage, à ce stade, de tenter de donner une définition détaillée de l’expression « convenable et juste » ou d’établir une distinction rigoureuse entre les deux mots, il existe néanmoins des facteurs généraux dont les juges devraient tenir compte en évaluant le caractère convenable et juste d’une réparation potentielle. Ces principes généraux peuvent s’inspirer de la jurisprudence relative aux réparations accordées hors du contexte de la *Charte*, notamment celle où la règle du *functus officio* et les réparations trop vagues sont analysées, même si, comme nous l’avons dit, cette jurisprudence est strictement inapplicable aux ordonnances fondées sur le par. 24(1).

Premièrement, la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d’une demande fondée sur la *Charte* est celle qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur. Il va sans dire qu’elle tient compte de la nature du droit violé et de la situation du demandeur. Une réparation utile doit être adaptée à l’expérience vécue par le demandeur et tenir compte des circonstances de la violation ou de la négation du droit en cause. Une réparation inefficace ou « étouffé[e] dans les délais et les difficultés de procédure » ne permet pas de défendre utilement le droit violé, et ne saurait donc être convenable et juste (voir *Dunedin*, précité, par. 20, la juge en chef McLachlin, citant *Mills*, précité, p. 882, le juge Lamer (plus tard Juge en chef)).

Deuxièmement, la réparation convenable et juste fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle. Comme nous l’avons vu, le tribunal qui accorde une réparation fondée sur la *Charte* doit s’efforcer de respecter la séparation des fonctions entre le législatif, l’exécutif

54

55

56

executive and the judiciary. This is not to say that there is a bright line separating these functions in all cases. A remedy may be appropriate and just notwithstanding that it might touch on functions that are principally assigned to the executive. The essential point is that the courts must not, in making orders under s. 24(1), depart unduly or unnecessarily from their role of adjudicating disputes and granting remedies that address the matter of those disputes.

57 Third, an appropriate and just remedy is a judicial one which vindicates the right while invoking the function and powers of a court. It will not be appropriate for a court to leap into the kinds of decisions and functions for which its design and expertise are manifestly unsuited. The capacities and competence of courts can be inferred, in part, from the tasks with which they are normally charged and for which they have developed procedures and precedent.

58 Fourth, an appropriate and just remedy is one that, after ensuring that the right of the claimant is fully vindicated, is also fair to the party against whom the order is made. The remedy should not impose substantial hardships that are unrelated to securing the right.

59 Finally, it must be remembered that s. 24 is part of a constitutional scheme for the vindication of fundamental rights and freedoms enshrined in the *Charter*. As such, s. 24, because of its broad language and the myriad of roles it may play in cases, should be allowed to evolve to meet the challenges and circumstances of those cases. That evolution may require novel and creative features when compared to traditional and historical remedial practice because tradition and history cannot be barriers to what reasoned and compelling notions of appropriate and just remedies demand. In short, the judicial approach to remedies must remain flexible and responsive to the needs of a given case.

et le judiciaire et les rapports qui existent entre ces trois pouvoirs. Cela ne signifie pas que la ligne de démarcation entre ces fonctions est très nette dans tous les cas. Une réparation peut être convenable et juste même si elle peut toucher à des fonctions ressortissant principalement au pouvoir exécutif. L'essentiel est que, lorsqu'ils rendent des ordonnances fondées sur le par. 24(1), les tribunaux ne s'écartent pas indûment ou inutilement de leur rôle consistant à trancher des différends et à accorder des réparations qui règlent la question sur laquelle portent ces différends.

Troisièmement, la réparation convenable et juste est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal. Il ne convient pas qu'un tribunal se lance dans des types de décision ou de fonction pour lesquels il n'est manifestement pas conçu ou n'a pas l'expertise requise. Les capacités et la compétence des tribunaux peuvent s'inférer, en partie, de leurs tâches normales pour lesquelles ils ont établi des règles de procédure et des précédents.

Quatrièmement, la réparation convenable et juste est celle qui, en plus d'assurer pleinement la défense du droit du demandeur, est équitable pour la partie visée par l'ordonnance. La réparation ne doit pas causer de grandes difficultés sans rapport avec la défense du droit.

Enfin, il faut se rappeler que l'art. 24 fait partie d'un régime constitutionnel de défense des droits et libertés fondamentaux consacrés dans la *Charte*. C'est ce qui explique pourquoi, en raison de son libellé large et de la multitude de rôles qu'il peut jouer dans différentes affaires, l'art. 24 doit pouvoir évoluer de manière à relever les défis et à tenir compte des circonstances de chaque cas. Cette évolution peut forcer à innover et à créer au lieu de s'en tenir à la pratique traditionnelle et historique en matière de réparation, étant donné que la tradition et l'histoire ne peuvent faire obstacle aux exigences d'une notion réfléchie et péremptoire de réparation convenable et juste. Bref, l'approche judiciaire en matière de réparation doit être souple et tenir compte des besoins en cause.



(4) Application to this Case: the Remedy Ordered by the Trial Judge Was Appropriate and Just in the Circumstances

(a) *The Reporting Order Effectively Vindicated the Rights of the Parents*

LeBlanc J. exercised his discretion to select an effective remedy that meaningfully vindicated the s. 23 rights of the appellants in the context of serious rates of assimilation and a history of delay in the provision of French-language education in Kingston (Greenwood, Chéticamp, Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), Argyle, and Clare). The facts as found by LeBlanc J. disclosed that continued delay could imperil the already vulnerable s. 23 rights, their exercise depending as it does on the numbers of potential students. As Freeman J.A. noted in dissent in the Court of Appeal, the reporting hearings were aimed at identifying difficulties with the timely implementation of the trial judge's order as they arose, instead of requiring fresh applications by the appellants every time it appeared that a party was not using its best efforts to comply with the judge's order.

In the absence of reporting hearings, the appellant parents would have been forced to respond to any new delay by amassing a factual record by traditional means disclosing whether the parties were nonetheless using their best efforts. A new proceeding would be required and this might be heard by another judge less familiar with the case than LeBlanc J. All of this would have taken significant time and resources from parents who had already waited too long and dedicated much energy to the cause of realizing their s. 23 rights. The order of reporting hearings was, as Freeman J.A. wrote "a pragmatic approach to getting the job done expeditiously" (para. 74). LeBlanc J.'s order is a creative blending of remedies and processes already known

(4) Application à la présente affaire : la réparation accordée par le juge de première instance était convenable et juste eu égard aux circonstances

a) *L'ordonnance enjoignant de rendre compte assurait efficacement la défense des droits des parents*

Le juge LeBlanc a exercé son pouvoir discrétionnaire de choisir une réparation efficace qui permettrait de défendre utilement les droits garantis aux appelants par l'art. 23, dans le contexte d'un taux d'assimilation élevé et du fait qu'on tarde depuis des années à offrir l'enseignement en français à Kingston/Greenwood, à Chéticamp, à Île Madame-Archat (Petit-de-Grat), à Argyle et à Clare. Selon le juge, les faits révélaient que le retard mis à agir risquait de compromettre des droits déjà fragiles garantis par l'art. 23, dont l'exercice est tributaire du nombre d'élèves potentiels. Comme le juge Freeman, de la Cour d'appel, l'a fait remarquer dans son opinion dissidente, les auditions de comptes rendus visaient à déceler, dès qu'elles surgiraient, les difficultés qui empêcheraient l'exécution, en temps utile, de l'ordonnance du juge de première instance, évitant ainsi aux appelants d'avoir à présenter une nouvelle demande chaque fois qu'une partie ne semblerait pas faire de son mieux pour se conformer à cette ordonnance.

Sans les auditions de comptes rendus, les parents appelants auraient été forcés, à chaque nouveau retard, de s'en remettre aux modes traditionnels de constitution d'un dossier factuel permettant de constater si, malgré tout, les parties faisaient de leur mieux pour se conformer à l'ordonnance. Il aurait fallu entamer de nouvelles procédures susceptibles d'être instruites par un juge ayant une moins bonne connaissance de l'affaire que le juge LeBlanc. Tout cela aurait demandé énormément de temps et de ressources aux parents qui, déjà, attendaient depuis trop longtemps et avaient consacré beaucoup d'énergie à la réalisation de leurs droits garantis par l'art. 23. Comme l'a écrit le juge Freeman, l'ordonnance enjoignant de rendre compte était [TRADUCTION] « une façon

to the courts in order to give life to the right in s. 23.

62

In assessing the extent to which LeBlanc J.'s remedy was appropriate and just in the circumstances, it is useful to examine the options before the trial judge. In doing so we are not intending to usurp the role and discretion of the trial judge but only to gain a fuller understanding of the situation he faced. LeBlanc J. could have limited the remedy to a declaration of the rights of the parties, as the Court considered prudent in *Mahe, supra*, at pp. 392-93. In *Mahe*, however, the primary issues before the Court concerned the scope and content of s. 23 of the *Charter*, including the degree of management of control of schools to be accorded to s. 23 parents, and the determination of when the numbers are sufficient to warrant given programs and facilities. After clarifying the content and scope of the s. 23 rights at issue, the Court chose the remedy of ordering a declaration of those rights. It did so to allow the government the greatest flexibility to fashion a response suited to the circumstances (p. 393). The assumption underlying this choice of remedy is that governments will comply with the declaration promptly and fully.

63

After *Mahe*, litigation to vindicate minority language education rights has entered a new phase. The general content of s. 23 in many cases is now largely settled (*Mahe, Schools Reference, Arsenault-Cameron*, all *supra*). In the present case, for example, it was clear to and accepted by the parties from the start that the government was required to provide the homogeneous French-language facilities at issue. The entitled parents sought the assistance of the court in enforcing the full and prompt vindication of their rights after a lengthy history of government inaction.

pragmatique d'obtenir rapidement le résultat recherché » (par. 74). Il s'agit d'un mélange créatif de réparations et de procédures déjà connues des tribunaux, destiné à donner vie aux droits garantis par l'art. 23.

Pour déterminer si la réparation accordée par le juge LeBlanc était convenable et juste eu égard aux circonstances, il est utile d'examiner quelles étaient ses options. Nous examinerons cette question non pas dans le but de nous approprier le rôle et le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, mais uniquement afin de mieux comprendre la situation à laquelle il devait faire face. Le juge LeBlanc aurait pu se contenter de rendre un jugement déclaratoire concernant les droits des parties, mesure que la Cour a jugée prudente dans l'arrêt *Mahe*, précité, p. 392-393. Toutefois, les principales questions en cause dans l'affaire *Mahe* concernaient la portée et le contenu de l'art. 23 de la *Charte*, notamment le niveau de gestion et de contrôle des écoles qui doit être accordé aux parents visés par l'art. 23, et la question du nombre d'élèves suffisant pour justifier certains programmes et établissements. Après avoir précisé le contenu et la portée des droits en cause qui étaient garantis par l'art. 23, la Cour a choisi, comme mesure réparatrice, de rendre un jugement déclaratoire relatif à ces droits. Elle voulait par là donner au gouvernement le plus de souplesse possible pour trouver une solution adaptée aux circonstances (p. 393). En choisissant ce type de réparation, on tient pour acquis que le gouvernement en question se conformera rapidement et entièrement au jugement rendu.

Après l'arrêt *Mahe*, les litiges visant à défendre les droits à l'instruction dans la langue de la minorité sont entrés dans une nouvelle phase. Dans bien des cas, le contenu général de l'art. 23 est désormais établi en grande partie (*Mahe, Renvoi sur les écoles et Arsenault-Cameron*, précités). En l'espèce, par exemple, les parties ont reconnu, au départ, que le gouvernement avait clairement l'obligation de fournir les établissements francophones homogènes en cause. Les parents visés ont demandé aux tribunaux d'assurer rapidement et pleinement la défense de leurs droits après de longues années d'inertie gouvernementale.

Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. state at para. 140 of their reasons that the trial judge was not faced with a government which had understood its obligations but refused to comply with them. Our colleagues suggest that there was some issue as to what s. 23 demanded in the situation. With respect, this portrayal is directly at odds with the findings of fact made by the trial judge. At para. 198 of his reasons, the trial judge wrote:

It is apparent that the real issue between the parties is the date on which these programs and facilities are to be implemented. The Department, in its submissions, does not challenge the applicants' right and entitlement to these programs and facilities but point [*sic*] to a number of factors which ought to satisfy the applicants. The Conseil opposes the applicants' claim for an earlier implementation of the transition plan but supports the applicants in its [*sic*] demand for declaration that the Department ought to be directed to provide homogeneous facilities.

LeBlanc J. further noted that the Department of Education did not provide either statistical or financial evidence with respect to the "numbers warrant" test and that, in any case, the number of children of s. 23 parents were greater than the number in the case of *Mahe, supra*, decided by this Court (paras. 200-201). Instead, the government argued at trial that it should be allowed to delay its obligations because of a lack of consensus in the Acadian and Francophone communities (para. 202) and because the political compromise in s. 23 required a "go-slowly approach" (para. 214). According to the trial judge, the government did not deny the existence or content of the s. 23 rights of the parents but rather failed to prioritize those rights and delayed fulfilling its obligations. The government "did not give sufficient priority to the serious rate of assimilation occurring among Acadians and Francophones in Nova Scotia and the fact that rights established in s. 23 are individual rights" (para. 204) despite clear reports showing that assimilation was "reaching critical levels" (para. 215). These are the findings of fact which can only be made by a judge who has heard all the evidence at trial. These findings are not on appeal and it is not open for appellate judges to reverse these findings without proper justification. LeBlanc J. properly took account of the factual

64  
Au paragraphe 140, les juges LeBel et Deschamps écrivent que le juge de première instance n'avait pas affaire à un gouvernement qui avait compris ses obligations, mais qui refusait de s'en acquitter. Selon eux, il était permis de s'interroger sur ce que l'art. 23 commandait dans les circonstances. En toute déférence, nous estimons que cette description entre directement en conflit avec les conclusions de fait du juge de première instance, qui a indiqué, au par. 198 de ses motifs :

[TRADUCTION] Il est manifeste que le véritable litige entre les parties porte sur la date de mise en place des programmes et des écoles. Dans son argumentation, le ministère ne conteste pas le droit des demandeurs d'obtenir ces programmes et ces écoles, mais il signale certains facteurs qui devraient satisfaire les demandeurs. Le Conseil s'oppose au devancement, réclamé par les demandeurs, de la mise en œuvre du plan de transition, mais il appuie ces derniers dans leur demande de jugement déclarant qu'il y a lieu d'ordonner au ministère de fournir des écoles homogènes.

65  
Le juge LeBlanc a ajouté que le ministère de l'Éducation n'avait fourni aucun élément de preuve statistique ou financier relativement au critère du « nombre justificatif » et que, de toute manière, le nombre d'enfants de parents visés par l'art. 23 était supérieur à celui dont il était question dans l'arrêt *Mahe*, précité, de notre Cour (par. 200-201). Le gouvernement avait plutôt fait valoir, au procès, qu'il devait être autorisé à retarder l'exécution de son obligation en raison de l'absence de consensus au sein des collectivités acadiennes et francophones (par. 202), et parce que le compromis politique reflété à l'art. 23 exigeait [TRADUCTION] « d'aller doucement » (par. 214). Selon le juge de première instance, le gouvernement n'a pas nié l'existence ou le contenu des droits garantis aux parents par l'art. 23, mais il a plutôt omis de leur donner la priorité et a tardé à remplir ses obligations. En dépit de l'existence de rapports démontrant clairement que le taux d'assimilation [TRADUCTION] « atteignait un seuil critique » (par. 215), le gouvernement « n'a pas attaché assez d'importance à l'inquiétant taux d'assimilation des Acadiens et des francophones de la Nouvelle-Écosse et au fait que les droits établis à l'art. 23 sont des droits individuels » (par. 204). Ce sont là des conclusions de fait qui ne peuvent être tirées que par un juge ayant entendu la totalité

circumstances within which he exercised his discretion to select a remedy which was appropriate and just.

66

LeBlanc J. obviously considered that, given the Province's failure to give due priority to the s. 23 rights of its minority Francophone populations in the five districts despite being well aware of them, there was a significant risk that such a declaration would be an ineffective remedy. Parents such as the appellants should not be forced continually to seek declarations that are essentially restatements of the declaration in *Mahe*. Where governments have failed to comply with their well-understood constitutional obligations to take positive action in support of the right in s. 23, the assumption underlying a preference for declarations may be undermined. In *Mahe, supra*, at p. 393, Dickson C.J. recognized this possibility:

As the Attorney General for Ontario submits, the government should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which its s. 23 obligations are to be met; the courts should be loath to interfere and impose what will be necessarily procrustean standards, unless that discretion is not exercised at all, or is exercised in such a way as to deny a constitutional right. Once the Court has declared what is required in Edmonton, then the government can and must do whatever is necessary to ensure that these appellants, and other parents in their situation, receive what they are due under s. 23. [Emphasis added.]

This Court's judgment in *Mahe* speaks to all provincial and territorial governments. LeBlanc J. was entitled to conclude that he was not limited to declaring the appellant parents' rights and could take into consideration that the case before him was different from those in which declarations had been considered appropriate and just.

de la preuve au procès. Ces conclusions ne font pas l'objet d'un appel et il n'appartient pas à des juges de tribunal d'appel de les infirmer sans raison valable. Le juge LeBlanc a dûment tenu compte des faits en exerçant son pouvoir discrétionnaire de choisir une réparation convenable et juste.

Il est évident que le juge LeBlanc a considéré qu'un jugement déclaratoire risquait énormément d'être inefficace du fait que la province n'avait pas donné la priorité voulue aux droits que l'art. 23 garantissait à sa minorité francophone des cinq districts en question, alors qu'elle était parfaitement consciente de l'existence de ces droits. Des parents comme les appelants ne devraient pas avoir à solliciter continuellement des jugements déclaratoires réitérant, pour l'essentiel, celui rendu dans l'arrêt *Mahe*. La présomption qui favorise le choix du jugement déclaratoire peut être minée lorsque les gouvernements ne s'acquittent pas des obligations — qui leur incombent en vertu de la Constitution et qu'ils saisissent bien — de prendre des mesures concrètes pour assurer le respect des droits garantis par l'art. 23. Le juge en chef Dickson a reconnu cette possibilité dans l'arrêt *Mahe*, précité, p. 393 :

Comme l'a observé le procureur général de l'Ontario, le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23. Les tribunaux devraient se garder d'intervenir et d'imposer des normes qui seraient au mieux dignes de Procuste, sauf dans les cas où le pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé du tout, ou l'est de façon à nier un droit constitutionnel. Dès lors que la Cour s'est prononcée sur ce qui est requis à Edmonton, le gouvernement peut et doit prendre les mesures nécessaires pour assurer aux appelants et aux autres parents dans leur situation ce qui leur est dû en vertu de l'art. 23. [Nous soulignons.]

L'arrêt *Mahe* s'adresse à tous les gouvernements provinciaux et territoriaux. Le juge LeBlanc pouvait, d'une part, conclure que son rôle ne se limitait pas à rendre un jugement déclaratoire sur les droits des parents appelants et, d'autre part, tenir compte du fait que l'affaire dont il était saisi différait de celles où l'on avait estimé que le jugement déclaratoire était convenable et juste.

Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. suggest that the reporting order in this case was not called for since any violation of a simple declaratory remedy could be dealt with in contempt proceedings against the Crown. We do not doubt that contempt proceedings may be available in appropriate cases. The threat of contempt proceedings is not, in our view, inherently more respectful of the executive than simple reporting hearings in which a linguistic minority could discover in a timely way what progress was being made towards the fulfilment of their s. 23 rights. More importantly, given the critical rate of assimilation found by the trial judge, it was appropriate for him to grant a remedy that would in his view lead to prompt compliance. Viewed in this light, LeBlanc J. selected a remedy that reduced the risk that the minority language education rights would be smothered in additional procedural delay.

(b) *The Reporting Order Respected the Framework of our Constitutional Democracy*

The remedy granted by LeBlanc J. took into account, and did not depart unduly or unnecessarily from, the role of the courts in our constitutional democracy. LeBlanc J. considered the government's progress toward providing the required schools and services (see, e.g., paras. 233-34). Some flexibility was built into the "best efforts" order to allow for unforeseen difficulties. It was appropriate for LeBlanc J. to preserve and reinforce the Department of Education's role in providing school facilities as mandated by s. 88 of the *Education Act*, as this could be done without compromising the entitled parents' rights to the prompt provision of school facilities.

To some extent, the legitimate role of the court *vis-à-vis* various institutions of government will depend on the circumstances. In these circumstances, it was appropriate for LeBlanc J. to craft the remedy so that it vindicated the rights of the parents

Nos collègues, les juges LeBel et Deschamps, sont d'avis qu'une ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas nécessaire puisque toute violation d'un simple jugement déclaratoire par l'État pouvait donner lieu à des poursuites pour outrage. Nous ne doutons pas que des poursuites pour outrage peuvent convenir dans certains cas. Toutefois, nous estimons que la menace de poursuites pour outrage ne témoigne pas en soi de plus de respect à l'égard du pouvoir exécutif que de simples auditions de comptes rendus qui permettent à une minorité linguistique de prendre rapidement connaissance des progrès réalisés en vue de respecter les droits que leur garantit l'art. 23. Qui plus est, en raison du taux élevé d'assimilation qu'il a constaté, il convenait que le juge accorde une réparation qui, selon lui, pourrait être mise à exécution promptement. Dans cette optique, le juge LeBlanc a choisi une réparation qui réduisait le risque que des délais procéduraux supplémentaires viennent étouffer les droits à l'instruction dans la langue de la minorité.

b) *L'ordonnance enjoignant de rendre compte respectait le cadre de notre démocratie constitutionnelle*

En accordant la mesure réparatrice en question, le juge LeBlanc a tenu compte du rôle des tribunaux dans notre démocratie constitutionnelle et ne s'en est pas écarté indûment ou inutilement. Il a pris en considération les progrès réalisés par le gouvernement en vue de fournir les écoles et services requis (voir, par exemple, les par. 233-234). L'ordonnance « de faire de son mieux » accordait une certaine souplesse destinée à parer aux difficultés imprévues. Il convenait que le juge LeBlanc préserve et renforce le rôle du ministère de l'Éducation consistant à fournir les écoles, dont l'investit l'art. 88 de l'*Education Act*, étant donné qu'il était possible de le faire sans compromettre le droit des parents visés à ce qu'elles soient fournies promptement.

Le rôle légitime que les tribunaux jouent par rapport à diverses institutions gouvernementales dépend, jusqu'à un certain point, des circonstances. En l'espèce, le juge LeBlanc a eu raison d'accorder une réparation permettant de défendre les droits des

while leaving the detailed choices of means largely to the executive.

70

Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. appear to consider that the issuance of an injunction against the government under s. 24(1) is constitutionally suspect and represents a departure from a consensus about *Charter* remedies (see para. 134 of the dissent). With respect, it is clear that a court may issue an injunction under s. 24(1) of the *Charter*. The power of courts to issue injunctions against the executive is central to s. 24(1) of the *Charter* which envisions more than declarations of rights. Courts do take actions to ensure that rights are enforced, and not merely declared. Contempt proceedings in the face of defiance of court orders, as well as coercive measures such as garnishments, writs of seizure and sale and the like are all known to courts. In this case, it was open to the trial judge in all the circumstances to choose the injunctive remedy on the terms and conditions that he prescribed.

(c) *The Reporting Order Called on the Function and Powers of a Court*

71

Although it may not be common in the context of *Charter* remedies, the reporting order issued by LeBlanc J. was judicial in the sense that it called on the functions and powers known to courts. In several different contexts, courts order remedies that involve their continuing involvement in the relations between the parties (see R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. (loose-leaf)), at paras. 1.260-1.490). Superior courts, which under the Judicature Acts possess the powers of common law courts and courts of equity, have “assumed active and even managerial roles in the exercise of their traditional equitable powers” (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at para. 13.60). A panoply of equitable remedies are now available to courts in support of the litigation process and the final adjudication of disputes. For example, pre-judgment remedies

parents tout en laissant largement au pouvoir exécutif le soin de choisir les moyens précis d’y parvenir.

Nos collègues, les juges LeBel et Deschamps, semblent douter de la constitutionnalité d’une injonction accordée contre le gouvernement en vertu du par. 24(1), et considérer qu’une telle mesure déroge au consensus qui existe au sujet des réparations fondées sur la *Charte* (voir le par. 134 de l’opinion dissidente). En toute déférence, il est clair qu’un tribunal peut accorder une injonction en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Le pouvoir des tribunaux d’accorder des injonctions contre le pouvoir exécutif est au cœur de ce paragraphe qui envisage plus que de simples déclarations de droits. Les tribunaux prennent des mesures pour que les droits soient respectés et non simplement déclarés. Les poursuites pour outrage auxquelles s’expose la personne ou l’entité qui passe outre à une ordonnance judiciaire, de même que les mesures coercitives telles la saisie-arrêt, la saisie-exécution et ainsi de suite sont autant de mesures connues des tribunaux. En l’espèce, le juge de première instance pouvait, eu égard aux circonstances, prescrire les modalités de l’injonction accordée.

c) *L’ordonnance enjoignant de rendre compte faisait appel à la fonction et aux pouvoirs des tribunaux*

Bien qu’elle ne soit peut-être pas courante en matière de réparation fondée sur la *Charte*, l’ordonnance enjoignant de rendre compte rendue par le juge LeBlanc est judiciaire en ce sens qu’elle fait appel à des fonctions et à des pouvoirs connus des tribunaux. Dans plusieurs contextes différents, les tribunaux accordent des réparations nécessitant leur intervention continue dans les relations entre les parties (voir R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par. 1.260-1.490). Les cours supérieures qui, en vertu des lois sur l’organisation judiciaire, possèdent les pouvoirs des tribunaux de common law et d’equity [TRADUCTION] « jouent un rôle actif et même un rôle de gestion dans l’exercice de leurs pouvoirs d’equity traditionnels » (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), par. 13.60). Les tribunaux disposent maintenant d’une panoplie

developed in such cases as *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.), and *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), involve the court in the preservation of evidence and the management of parties' assets prior to trial. In bankruptcy and receivership matters, courts may be called on to supervise fairly complex and ongoing commercial transactions relating to debtors' assets. Court-appointed receivers may report to and seek guidance from the courts and in some cases must seek the permission of the courts before disposing of property (see *Bennett on Receiverships* (2nd ed. 1999), at pp. 21-37, 443-45). Similarly, the courts' jurisdiction in respect of trusts and estates may sometimes entail detailed and continuing supervision and support of their administration (see D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 904-9; *Oosterhoff on Wills and Succession* (5th ed. 2001), at pp. 27-28). Courts may also retain an ongoing jurisdiction in family law cases to order alterations in maintenance payments or parenting arrangements as circumstances change. Finally, this Court has in the past remained seized of a matter so as to facilitate the implementation of constitutional language rights: see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1985] 2 S.C.R. 347; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1990] 3 S.C.R. 1417; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212. Lower courts have also retained jurisdiction in s. 23 cases: *British Columbia (Association des parents francophones) v. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356 (B.C.S.C.), at p. 380; *Lavoie, supra*, at pp. 593-95; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 N.B.R. (2d) 361 (Q.B.), at para. 109.

de redressements fondés sur l'équité qu'ils peuvent accorder en cours d'instance et lors du règlement final des différends. Par exemple, dans les redressements accordés avant le jugement dans des affaires comme *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.), et *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), les tribunaux sont appelés à jouer un rôle dans la conservation de la preuve et la gestion de l'actif des parties avant la tenue du procès. En matière de faillite et de séquestre, les tribunaux peuvent être appelés à superviser des opérations commerciales assez complexes portant sur les éléments d'actif des débiteurs. Les séquestres nommés par un tribunal peuvent lui rendre compte et lui demander conseil et sont tenus, dans certains cas, de lui demander l'autorisation d'aliéner des biens (voir *Bennett on Receiverships* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 21-37 et 443-445). De la même façon, la compétence que les tribunaux possèdent en matière de fiducie et de succession peut parfois les obliger à surveiller de près et à appuyer l'administration d'une fiducie ou d'une succession (voir D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1984), p. 904-909; *Oosterhoff on Wills and Succession* (5<sup>e</sup> éd. 2001), p. 27-28). Dans le domaine du droit de la famille, les tribunaux peuvent également se déclarer compétents pour rendre des ordonnances modifiant les pensions alimentaires ou les conventions de garde au fur et à mesure que la situation évolue. Enfin, il est déjà arrivé que la Cour demeure saisie d'une affaire afin de favoriser le respect de droits linguistiques garantis par la Constitution (voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212). Des tribunaux inférieurs ont également conservé compétence dans des affaires relatives à l'art. 23 : *British Columbia (Association des parents francophones) c. British Columbia* (1996), 139 D.L.R. (4th) 356 (C.S.C.-B.), p. 380; *Lavoie*, précité, p. 593-595; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Minority Language School Board No. 50* (1983), 48 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 361 (B.R.), par. 109.

- 72 The difficulties of ongoing supervision of parties by the courts have sometimes been advanced as a reason that orders for specific performance and mandatory injunctions should not be awarded. Nonetheless, courts of equity have long accepted and overcome this difficulty of supervision where the situations demanded such remedies (see Sharpe, *supra*, at paras. 1.260-1.380; *Attorney-General v. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48 (C.A.), *aff'd* [1912] A.C. 788 (H.L.); *Kennard v. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, *aff'd* [1922] 2 Ch. 1 (C.A.)).
- On a parfois affirmé que les difficultés liées à la surveillance continue des parties par les tribunaux justifient le refus d'accorder des ordonnances d'exécution en nature et des injonctions de faire. Toutefois, les tribunaux d'équité reconnaissent et surmontent depuis longtemps ces difficultés lorsque la situation commande une telle réparation (voir Sharpe, *op. cit.*, par. 1.260-1.380; *Attorney-General c. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board*, [1910] 1 Ch. 48 (C.A.), *conf. par* [1912] A.C. 788 (H.L.); *Kennard c. Cory Brothers and Co.*, [1922] 1 Ch. 265, *conf. par* [1922] 2 Ch. 1 (C.A.)).
- 73 As academic commentators have pointed out, the range of remedial orders available to courts in civil proceedings demonstrates that constitutional remedies involving some degree of ongoing supervision do not represent a radical break with the past practices of courts (see W. A. Bogart, "Appropriate and Just": Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy" (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81, at pp. 92-94; N. Gillespie, "Charter Remedies: The Structural Injunction" (1989-90), 11 *Advocates' Q.* 190, at pp. 217-18; Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, *supra*, at paras. 13.50-13.80; Sharpe, *supra*, at paras. 1.260-1.490). The change announced by s. 24 of the *Charter* is that the flexibility inherent in an equitable remedial jurisdiction may be applied to orders addressed to government to vindicate constitutionally entrenched rights.
- Comme les auteurs l'ont souligné, l'éventail des réparations que les tribunaux peuvent accorder en matière civile démontre que les réparations fondées sur la Constitution qui nécessitent l'exercice d'une certaine surveillance ne représentent pas une rupture radicale avec la pratique judiciaire antérieure (voir W. A. Bogart, « "Appropriate and Just" : Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy » (1986), 10 *Dalhousie L.J.* 81, p. 92-94; N. Gillespie, « Charter Remedies : The Structural Injunction » (1989-90), 11 *Advocates' Q.* 190, p. 217-218; Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, *op. cit.*, par. 13.50-13.80; Sharpe, *op. cit.*, par. 1.260-1.490). Le changement annoncé par l'art. 24 de la *Charte* est la possibilité d'appliquer la souplesse inhérente de la compétence d'équité en matière de réparation aux ordonnances enjoignant à un gouvernement de défendre des droits consacrés dans la Constitution.
- 74 The order in this case was in no way inconsistent with the judicial function. There was never any suggestion in this case that the court would, for example, improperly take over the detailed management and co-ordination of the construction projects. Hearing evidence and supervising cross-examinations on progress reports about the construction of schools are not beyond the normal capacities of courts.
- L'ordonnance rendue dans la présente affaire n'est nullement incompatible avec la fonction judiciaire. On n'a jamais laissé entendre en l'espèce que, par exemple, le tribunal s'approprierait irrégulièrement la gestion et la coordination complètes des projets de construction. L'audition d'éléments de preuve et la surveillance des contre-interrogatoires sur les comptes rendus concernant l'avancement des travaux de construction d'écoles n'excèdent pas les attributions normales des tribunaux.
- 75 The respondent argues that the reporting order issued by LeBlanc J. violated the common law
- L'intimé prétend que l'ordonnance enjoignant de rendre compte, rendue par le juge LeBlanc,



doctrine of *functus officio*. As we have said, statutes or common law rules cannot strictly pre-empt the remedial discretion in s. 24(1). Nonetheless, the doctrine of *functus officio* properly speaks to the functions and powers of courts. Therefore, an examination of the *functus* question is useful in deciding whether LeBlanc J. issued an order that is appropriately judicial.

Flinn J.A. for the majority in the Court of Appeal decided that the trial judge, having issued the best efforts order, had no further jurisdiction with respect to the parties and was therefore precluded from retaining jurisdiction to hear reports on its implementation (para. 21). This view is based on a mis-characterization of the reporting portion of the order as somehow separate from and additional to the best efforts injunctions. On the contrary, in our view, the reporting sessions formed an integral part of the remedy fashioned by LeBlanc J. Moreover, the *functus* doctrine has no application where the trial judge does not purport to alter a final judgment. There was no indication that the retention of jurisdiction included any power to alter the disposition of the case.

A closer examination of the doctrine is helpful. The *Oxford Companion to Law* (1980), at p. 508, provides the following definition:

*Functus officio* (having performed his function). Used of an agent who has performed his task and exhausted his authority and of an arbitrator or judge to whom further resort is incompetent, his function being exhausted.

But how can we know when a judge's function is exhausted? Sopinka J., writing for the majority in *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at p. 860, described the purpose and origin of the doctrine in the following words:

enfrent la règle de common law du *functus officio*. Comme nous l'avons vu, ni les dispositions législatives ni les règles de common law ne peuvent, à strictement parler, court-circuiter le pouvoir discrétionnaire que le par. 24(1) confère en matière de réparation. Toutefois, la règle du *functus officio* témoigne des fonctions et des pouvoirs des tribunaux. L'examen de la question du *functus officio* est donc utile pour décider si le juge LeBlanc a rendu une ordonnance judiciaire comme il se doit.

Le juge Flinn a décidé, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, qu'après avoir rendu l'ordonnance « de faire de son mieux » le juge de première instance n'avait plus compétence à l'égard des parties et ne pouvait donc pas se déclarer compétent pour entendre les comptes rendus sur l'exécution de l'ordonnance (par. 21). Cette opinion repose sur le point de vue erroné selon lequel la partie de l'ordonnance qui enjoint de rendre compte est, d'une façon ou d'une autre, distincte des injonctions « de faire de son mieux » et s'ajoute à celles-ci. Au contraire, nous sommes d'avis que les auditions de comptes rendus font partie intégrante de la réparation accordée par le juge LeBlanc. De plus la règle du *functus officio* ne s'applique pas lorsque le juge de première instance n'entend pas modifier un jugement définitif. Rien n'indiquait que la déclaration de compétence incluait un pouvoir de modifier le dispositif de l'affaire.

Il est utile d'examiner plus attentivement cette règle. Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2001), p. 253, donne la définition suivante :

*Functus officio* Locution latine signifiant « s'étant acquitté de sa fonction ». Se dit d'un tribunal, d'un organisme public ou d'un fonctionnaire qui est dessaisi d'une affaire parce qu'il a cessé l'exercice de sa fonction. Ex. Le juge qui a prononcé un jugement final est *functus officio*.

Comment peut-on savoir si un juge a épuisé sa fonction? S'exprimant au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, p. 860, le juge Sopinka décrit ainsi l'objet et l'origine de la règle :

76

77

78

The general rule that a final decision of a court cannot be reopened derives from the decision of the English Court of Appeal in *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. The basis for it was that the power to rehear was transferred by the *Judicature Acts* to the appellate division.

79

It is clear that the principle of *functus officio* exists to allow finality of judgments from courts which are subject to appeal (see also *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219, at pp. 222-23). This makes sense: if a court could continually hear applications to vary its decisions, it would assume the function of an appellate court and deny litigants a stable base from which to launch an appeal. Applying that aspect of the *functus* doctrine to s. 23(1), we face the question of whether the ordering of progress reports denied the respondents a stable basis from which to appeal.

80

In our view, LeBlanc J.'s retention of jurisdiction to hear reports did nothing to undermine the provision of a stable basis for launching an appeal. He did not purport to retain a power to change the decision as to the scope of the s. 23 rights in question, to alter the finding as to their violation, or to modify the original injunctions. The decision, including the best efforts order and the order to appear at reporting sessions, was final and appealable.

81

In any case, the rules of practice in Nova Scotia and other provinces allow courts to vary or add to their orders so as to carry them into operation or even to provide other or further relief than originally granted (Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, Rule 15.08(d) and (e); Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 59.06(2)(c) and (d); Alberta *Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, Rule 390(1)). This shows that the practice of providing further direction on remedies in support of a decision is known to our courts, and does not undermine the availability of appeal. Moreover, the possibility of such proceedings may facilitate the process of putting

La règle générale portant qu'on ne saurait revenir sur une décision judiciaire définitive découle de la décision de la Cour d'appel d'Angleterre dans *In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88. La cour y avait conclu que le pouvoir d'entendre à nouveau une affaire avait été transféré à la division d'appel en vertu des *Judicature Acts*.

Il est clair que la règle du *functus officio* a pour but d'assurer le caractère définitif des jugements des tribunaux visés par un appel (voir aussi *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219, p. 222-223). Cela est logique : s'il pouvait continuellement entendre des demandes de modification de ses décisions, un tribunal jouerait le rôle d'une cour d'appel et priverait les parties d'une assise stable pour interjeter appel. L'application de cet aspect de la règle du *functus officio* au par. 23(1) oblige à se demander si l'ordre de rendre compte des efforts déployés a eu pour effet de priver les intimés d'une assise stable pour interjeter appel.

À notre avis, le fait que le juge LeBlanc se soit déclaré compétent pour entendre des comptes rendus n'empêchait pas de disposer d'une assise stable pour interjeter appel. Il n'était pas censé se déclarer compétent pour modifier sa décision sur la portée des droits en cause qui sont garantis par l'art. 23, pour modifier sa conclusion quant à leur violation ou pour modifier les injonctions initiales. Sa décision, y compris l'ordonnance enjoignant de faire de son mieux et de comparaître à des auditions de comptes rendus, était définitive et susceptible d'appel.

De toute manière, les règles de pratique en vigueur en Nouvelle-Écosse et dans d'autres provinces autorisent les tribunaux à modifier leurs ordonnances ou à y faire des ajouts en vue d'en assurer l'exécution, ou même à modifier la réparation accordée au départ ou à en ajouter une autre (*Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, al. 15.08d) et e); *Règles de procédure civile de l'Ontario*, R.R.O. 1990, Règl. 194, al. 59.06(2)c) et d); Alberta *Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, par. 390(1)). Cela démontre que nos tribunaux connaissent la pratique consistant à donner d'autres directives sur les réparations accordées à l'appui d'une décision, et que cette pratique ne

orders into operation without requiring resort to contempt proceedings.

The respondent relies on the Nova Scotia's *Judicature Act* to support its argument that the ordered reporting hearings were improper. However, even if that Act could have the effect of limiting the jurisdiction granted by s. 24(1) of the *Charter*, nothing in the *Judicature Act* appears to remove from a trial judge the power to hear reports on the implementation of his or her order. Section 33 of the *Judicature Act* provides that proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia shall be "heard, determined and disposed of" by a single judge, but this does not limit the powers of the court to order reporting hearings. Section 34(d) of the *Judicature Act* allows a presiding judge to reserve judgment for a maximum of six months, but in our view, judgment was not reserved in this case since LeBlanc J. delivered his judgment within the six-month period. Section 38 of the *Judicature Act* provides that "an appeal lies to the Court of Appeal from any decision, verdict, judgment or order" of a judge of the Supreme Court of Nova Scotia. LeBlanc J. did nothing that would preclude the appeal of his decision or choice of remedy.

(d) *The Reporting Order Vindicated the Right by Means that Were Fair*

In the context, the reporting order was one which, after vindicating the entitled parents' rights, was not unfair to the respondent government. The respondent argues that it was subject to an overly vague remedy. In our opinion, the reporting order was not vaguely worded so as to render it invalid. While, in retrospect, it would certainly have been advisable for LeBlanc J. to provide more guidance to the parties as to what

compromet pas la possibilité d'interjeter appel. De plus, la possibilité de procéder ainsi peut faciliter l'exécution des ordonnances sans qu'il soit nécessaire de recourir à des poursuites pour outrage.

L'intimé invoque la *Judicature Act* de la Nouvelle-Écosse à l'appui de son argument de l'irrégularité des auditions de comptes rendus ordonnées. Toutefois, même si la *Judicature Act* avait pour effet de limiter la compétence conférée par le par. 24(1) de la *Charte*, aucune de ses dispositions ne semble retirer au juge de première instance le pouvoir d'entendre des comptes rendus sur l'exécution de son ordonnance. L'article 33 de la *Judicature Act* prévoit que les instances devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse sont [TRADUCTION] « instruites et tranchées » par un juge seul, mais cela n'a pas pour effet de limiter le pouvoir de la cour d'ordonner la tenue d'auditions de comptes rendus. Quoique l'al. 34d) de cette même loi autorise le juge qui préside une instance à mettre son jugement en délibéré pour une période maximale de six mois, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas eu de mise en délibéré en l'espèce puisque le juge LeBlanc a rendu jugement dans le délai de six mois. L'article 38 de la *Judicature Act* prévoit [TRADUCTION] « [qu']il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel contre toute décision, tout verdict, tout jugement ou toute ordonnance » d'un juge de la Cour suprême de Nouvelle-Écosse. Le juge LeBlanc n'a rien fait qui puisse empêcher d'interjeter appel contre sa décision ou la réparation qu'il a choisi d'accorder.

d) *L'ordonnance enjoignant de rendre compte faisait appel à des moyens équitables pour assurer la défense des droits en cause*

Dans les circonstances, l'ordonnance enjoignant de rendre compte assurait la défense des droits des parents visés sans être inéquitable pour le gouvernement intimé. L'intimé prétend qu'il a été assujéti à une réparation trop vague. Nous sommes d'avis que le libellé de l'ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas vague au point de la rendre invalide. L'ordonnance du juge LeBlanc n'était ni incompréhensible ni impossible

they could expect from the reporting sessions, his order was not incomprehensible or impossible to follow. In our view, the “reporting” element of LeBlanc J. remedy was not unclear in a way that would render it invalid.

84 Doubtless, as LeBel and Deschamps JJ. point out, the initial retention of jurisdiction by LeBlanc J. could have been more specific in its terms so as to give parties a precise understanding of the procedure at reporting sessions. Nonetheless, the respondent knew it was required to present itself to the court to report on the status of its efforts to provide the facilities as ordered by LeBlanc J. LeBlanc J.’s written order is satisfactory and clearly communicates that the obligation on government was simply to report. The fact that this was the subject of questions later in the process suggests that future orders of this type could be more explicit and detailed with respect to the jurisdiction retained and the procedure at reporting hearings.

85 It should be remembered that LeBlanc J. was crafting a fairly original remedy in order to provide flexibility to the executive while vindicating the s. 23 right. It may be expected that in future cases judges will be in a better position to ensure that the contents of their orders are clearer. In addition, the reporting order chosen by LeBlanc J. is not the only tool of its kind. It may be more helpful in some cases for the trial judge to seek submissions on whether to specify a timetable with a right of the government to seek variation where just and appropriate to do so.

86 Once again, we emphasize that s. 24(1) gives a court the discretion to fashion the remedy that it considers just and appropriate in the circumstances. The trial judge is not required to identify the single best remedy, even if that were possible. In our view,

à respecter, même si l’on constate, avec le recul, qu’il aurait sûrement été souhaitable que le juge éclaire davantage les parties sur ce qu’elles pouvaient attendre des auditions de comptes rendus. Selon nous, l’ordonnance enjoignant de rendre compte, contenue dans la réparation accordée par le juge LeBlanc, n’était pas obscure au point d’invalider cette réparation.

Comme le font remarquer les juges LeBel et Deschamps, il n’y a pas de doute que le juge LeBlanc aurait pu être plus précis dans sa déclaration initiale de compétence, afin de permettre aux parties de bien saisir la procédure applicable aux auditions de comptes rendus. Néanmoins, l’intimé savait qu’il devait se présenter devant le tribunal pour rendre compte des efforts déployés pour fournir les établissements ordonnés par le juge LeBlanc. L’ordonnance écrite du juge LeBlanc est satisfaisante et indique clairement que le gouvernement était simplement tenu de rendre compte. Le fait qu’elle ait, par la suite, donné lieu à des questions indique qu’à l’avenir les ordonnances de cette nature pourraient être plus précises et détaillées en ce qui concerne la déclaration de compétence et la procédure applicable aux auditions de comptes rendus.

Il faut se rappeler que la réparation conçue par le juge LeBlanc était assez inédite et visait à laisser une certaine latitude au pouvoir exécutif tout en défendant les droits garantis par l’art. 23. On peut s’attendre à ce qu’à l’avenir les juges soient mieux placés pour veiller à ce que le contenu de leurs ordonnances soit plus clair. En outre, l’ordonnance enjoignant de rendre compte retenue par le juge LeBlanc n’est pas le seul outil du genre. Il peut parfois se révéler plus utile que le juge demande des observations sur l’opportunité d’établir un échéancier assorti du droit pour le gouvernement de demander des modifications, lorsqu’il est juste et convenable de le faire.

Encore une fois, nous tenons à souligner que le par. 24(1) confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d’accorder la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Le juge de première instance n’est pas tenu de trouver la

the trial judge's remedy was clearly appropriate and just in the circumstances.

#### (5) Conclusion

Section 24(1) of the *Charter* requires that courts issue effective, responsive remedies that guarantee full and meaningful protection of *Charter* rights and freedoms. The meaningful protection of *Charter* rights, and in particular the enforcement of s. 23 rights, may in some cases require the introduction of novel remedies. A superior court may craft any remedy that it considers appropriate and just in the circumstances. In doing so, courts should be mindful of their roles as constitutional arbiters and the limits of their institutional capacities. Reviewing courts, for their part, must show considerable deference to trial judges' choice of remedy, and should refrain from using hindsight to perfect a remedy. A reviewing court should only interfere where the trial judge has committed an error of law or principle.

The remedy crafted by LeBlanc J. meaningfully vindicated the rights of the appellant parents by encouraging the Province's prompt construction of school facilities, without drawing the court outside its proper role. The Court of Appeal erred in wrongfully interfering with and striking down the portion of LeBlanc J.'s order in which he retained jurisdiction to hear progress reports on the status of the Province's efforts in providing school facilities by the required dates.

#### V. Disposition

In the result, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the order of the trial judge.

We would award full costs to the appellants on a solicitor-client basis throughout, including the costs for the reporting hearings. The appellants are parents who have, despite their numerous efforts, been

meilleure réparation, même dans le cas où il serait possible de le faire. À notre avis, la réparation accordée par le juge de première instance était nettement convenable et juste eu égard aux circonstances.

#### (5) Conclusion

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* exige que les tribunaux accordent des réparations efficaces et adaptées qui protègent pleinement et utilement les droits et libertés garantis par la *Charte*. Il peut parfois arriver que la protection utile des droits garantis par la *Charte* et, en particulier l'application de l'art. 23, commandent des réparations d'un genre nouveau. Une cour supérieure peut accorder toute réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Ce faisant, elle doit être, consciente de son rôle d'arbitre de la Constitution et des limites de ses capacités institutionnelles. Les tribunaux qui procèdent à un contrôle doivent, pour leur part, faire montre d'une grande déférence à l'égard de la réparation choisie par un juge de première instance et se garder de les parfaire après coup; ils ne doivent intervenir qu'en cas d'erreur commise sur le plan du droit ou des principes par le juge de première instance.

La réparation conçue par le juge LeBlanc défendait utilement les droits des parents appelants en encourageant la province à construire promptement des écoles, sans faire dévier la cour du rôle qui lui revient. La Cour d'appel a eu tort d'intervenir et d'annuler la partie de l'ordonnance du juge LeBlanc dans laquelle il se déclarait compétent pour entendre des comptes rendus sur les efforts déployés par la province en vue de fournir des écoles dans les délais impartis.

#### V. Dispositif

En définitive, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance.

Les appelants ont droit à leurs dépens devant toutes les cours, sur la base procureur-client, y compris les dépens relatifs aux auditions de comptes rendus. Les appelants sont des parents qui, malgré

87

88

89

90

consistently denied their *Charter* rights. The Province failed to meet its corresponding obligations to the appellant parents despite its clear awareness of the appellants' rights. Accordingly, in looking at all the circumstances, our view is that solicitor-client costs should be awarded.

The reasons of Major, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

LEBEL AND DESCHAMPS JJ. (dissenting) —

#### I. Introduction

91

The devil is in the details. Awareness of the critical importance of effectively enforcing constitutional rights should not lead to forgetfulness about the need to draft pleadings, orders and judgments in a sound manner, consonant with the basic rules of legal writing, and with an understanding of the proper role of courts and of the organizing principles of the legal and political order of our country. Court orders should be written in such a way that parties are put on notice of what is expected of them. Courts should not unduly encroach on areas which should remain the responsibility of public administration and should avoid turning themselves into managers of the public service. Judicial interventions should end when and where the case of which a judge is seized is brought to a close.

92

In our respectful view, without putting in any doubt the desire of the trial judge to fashion an effective remedy to address the consequences of a long history of neglect of the rights of the Francophone minority in Nova Scotia, the drafting of his so-called reporting order was seriously flawed. It gave the parties no clear notice of their obligations, the nature of the reports or even the purpose of the reporting hearings. In addition, the reporting order assumed that the judge could retain jurisdiction at will, after he had finally disposed of the matter of which he had been seized, thereby breaching the constitutional principle of separation of powers. The order did so

leurs nombreux efforts, ont constamment été victimes d'une négation des droits que leur garantit la *Charte*. La province n'a pas respecté les obligations correspondantes qu'elle avait envers des parents appelants, même si elle était nettement au courant de leurs droits. Nous estimons donc, compte tenu de toutes les circonstances, qu'il y a lieu d'accorder des dépens sur la base procureur-client.

Version française des motifs des juges Major, Binnie, LeBel et Deschamps rendus par

LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS (dissidents) —

#### I. Introduction

Tout est dans les détails. L'importance cruciale de prendre des mesures efficaces visant à assurer le respect des droits garantis par la Constitution ne doit pas éclipser la nécessité que les actes de procédure, ordonnances et jugements respectent les règles élémentaires de rédaction juridique et reflètent une bonne compréhension du rôle que doivent jouer les tribunaux et les principes qui sous-tendent l'ordre juridique et politique de notre pays. Les ordonnances judiciaires doivent indiquer clairement aux parties ce qu'on attend d'elles. Les tribunaux doivent s'abstenir d'empiéter indûment sur des domaines qui doivent continuer de relever de l'administration publique, et éviter de se transformer en gestionnaires de la fonction publique. L'intervention judiciaire doit cesser dès que le juge rend un jugement final dans l'affaire dont il est saisi.

Bien qu'il ne soit pas question de mettre en doute la volonté du juge de première instance de remédier efficacement à de longues années d'inertie en matière de protection des droits de la minorité francophone de la Nouvelle-Écosse, nous considérons que de graves vices de rédaction entachent l'ordonnance enjoignant de rendre compte qu'il a prononcée. Celle-ci n'indique pas clairement aux parties la nature de leurs obligations, la nature des comptes rendus à présenter ni même l'objet des auditions de comptes rendus. En outre, contrairement au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, elle tient pour acquis que le juge pouvait à loisir se

by reason of the way it was framed and the manner in which it was implemented. In our opinion, the reporting order was void, as the Court of Appeal of Nova Scotia found, and the appeal should be dismissed.

## II. The Nature of the Issues

This appeal raises the sole question of the validity of the reporting order made by LeBlanc J. ((2000), 185 N.S.R. (2d) 246). In this context, we do not intend to engage in a full review of the factual background and of the judicial history of this case. For the purposes of our reasons, we are content to rely on their extensive review in the reasons of our colleagues. We will only add such details about the reporting order and its implementation as might be of assistance to our analysis of the legal questions at stake in this appeal.

At the outset, we wish to emphasize that we fully agree with our colleagues in their analysis of the nature and fundamental importance of language rights in the Canadian Constitution, as well as on the need for efficacy and imagination in the development of constitutional remedies. Indeed, we dissent because we believe that constitutional remedies should be designed keeping in mind the canons of good legal drafting, the fundamental importance of procedural fairness, and a proper awareness of the nature of the role of courts in our democratic political regime, a key principle of which remains the separation of powers. This principle protects the independence of courts. It also flexibly delineates the domain of court action, particularly in the relationship of courts not only with legislatures but also with the executive branch of government or public administration.

As to the other issues such as mootness, immunities and mandatory injunctions, we are in broad agreement with our colleagues and do not intend to comment any further on them. We turn now to an

déclarer compétent pour agir, après avoir tranché définitivement l'affaire dont il était saisi. Elle contrevient à ce principe en raison de sa formulation et de la façon dont elle a été exécutée. Nous estimons que cette ordonnance est nulle et sans effet, comme l'a décidé la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, et que le pourvoi devrait être rejeté.

## II. La nature des questions

La seule question soulevée en l'espèce est celle de la validité de l'ordonnance enjoignant de rendre compte prononcée par le juge LeBlanc ((2000), 185 N.S.R. (2d) 246). Pour cette raison, nous n'entendons pas nous livrer à un examen complet des faits et de l'historique judiciaire de l'affaire. Pour les besoins des présents motifs, nous nous tiendrons à l'examen approfondi qu'en font nos collègues dans leurs propres motifs, en nous contentant d'ajouter, à propos de l'ordonnance et de son exécution, les détails susceptibles d'éclairer notre analyse des questions de droit qui se posent en l'espèce.

Au départ, nous tenons à préciser que nous souscrivons entièrement à l'analyse que nos collègues font de la nature et de l'importance fondamentale des droits linguistiques consacrés dans notre Constitution, de même qu'à leur avis que l'efficacité et la créativité sont des attributs nécessaires en matière de réparation fondée sur la Constitution. En réalité, nous sommes en désaccord avec nos collègues parce que nous croyons que l'ordonnance qui accorde ce type de réparation doit aussi respecter les règles élémentaires de rédaction juridique et tenir compte de l'importance fondamentale de l'équité procédurale et du rôle des tribunaux dans notre régime politique démocratique, qui repose notamment sur le principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe protège l'indépendance judiciaire. Il délimite également avec souplesse le champ d'action judiciaire, en particulier les rapports des tribunaux non seulement avec le législateur, mais également avec la branche exécutive du gouvernement, c'est-à-dire l'administration publique.

En ce qui concerne les autres questions, tels le caractère théorique, l'immunité et l'injonction de faire, nous partageons généralement l'opinion de nos collègues et n'avons rien à ajouter à ce sujet.

93

94

95

analysis of the issues which lie at the root of our disagreement with the majority as to the final disposition of this appeal.

96 In this analysis, we will first review the nature of the reporting order and we will determine whether it can be considered consistent with the principle of procedural fairness. We will then discuss the principles of separation of powers and *functus officio*; we will demonstrate that the question of whether the trial judge had jurisdiction to issue the order is germane to the determination of whether the trial judge breached the separation of powers. In both discussions, the appropriateness of the remedy will be called into question. In the former, we will assess the appropriateness of the order for reporting hearings from the perspective of the parties subject to it, while in the latter, we will analyse the appropriateness of the order, by taking into consideration the proper role of courts within our constitutional order.

### III. The Drafting of the Order and the Principle of Procedural Fairness

97 The drafting of applications asking for injunctive relief, or of orders granting such remedies, can be a serious challenge for counsel and judges. The exercise of the court power to grant injunctions may lead, from time to time, to situations of non-compliance where it may be necessary to call upon the drastic exercise of courts' powers to impose civil or criminal penalties, including imprisonment (R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 6-7). Therefore, proper notice to the parties of the obligations imposed upon them and clarity in defining the standard of compliance expected of them must be essential requirements of a court's intervention. Vague or ambiguous language should be strictly avoided (*Sonoco Ltd. v. Local 433* (1970), 13 D.L.R. (3d) 617 (B.C.C.A.), at p. 621; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. v. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596 (Que. C.A.)).

98 Unfortunately, the drafting of the present reporting order was anything but clear. Its brevity and

Nous passons donc à l'analyse des points à l'origine de notre désaccord avec la façon dont les juges majoritaires tranchent le pourvoi.

Nous allons d'abord examiner la nature de l'ordonnance enjoignant de rendre compte, afin de déterminer si elle est conforme au principe de l'équité procédurale. Nous analyserons ensuite le principe de la séparation des pouvoirs et la règle du *functus officio*, et démontrerons que la question de savoir si le juge avait compétence pour rendre l'ordonnance en cause se rattache à celle de savoir s'il a contrevenu au principe de la séparation des pouvoirs. Dans les deux cas, nous nous interrogerons sur le caractère convenable de la réparation accordée. Dans le premier cas, nous évaluerons, du point de vue des parties visées, le caractère convenable de l'ordonnance enjoignant de rendre compte, alors que, dans le deuxième cas, nous analyserons ce caractère convenable à la lumière du rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel.

### III. La rédaction de l'ordonnance et le principe de l'équité procédurale

La rédaction d'une demande de réparation par voie d'injonction ou d'une ordonnance de cette nature peut constituer un grand défi pour les avocats et les juges. Il peut parfois arriver que les tribunaux aient à prendre des mesures draconiennes, tel l'exercice du pouvoir d'infliger des sanctions civiles ou criminelles, y compris une peine d'emprisonnement, pour contraindre les parties à respecter une injonction qu'ils ont accordée (R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 6-7). En conséquence, pour que les tribunaux puissent intervenir, il est indispensable de bien informer les parties des obligations qui leur sont imposées et de définir clairement la norme de conformité qu'ils devront respecter. Les expressions vagues ou ambiguës n'ont pas leur place (*Sonoco Ltd. c. Local 433* (1970), 13 D.L.R. (3d) 617 (C.A.C.-B.), p. 621; *Sporting Club du Sanctuaire Inc. c. 2320-4365 Québec Inc.*, [1989] R.D.J. 596 (C.A. Qué.)).

Malheureusement, l'ordonnance enjoignant de rendre compte est loin d'être claire. Sa concision



apparent simplicity belie its actual complexity and the state of confusion and uncertainty in which it left not only all of the parties, but the trial judge himself at times. This order was final, not interim, and it was tied to the “best efforts order”, which was not couched in terms liable to shed much light on the nature of the obligations of the respondents. Given that this part of the order was not challenged on appeal, we will not discuss it at length, but instead, will focus exclusively on the reporting order which is the object of this appeal.

At first, when judgment was rendered, the reporting order read, at para. 245:

The applicants have requested that I should maintain jurisdiction. I agree to do so. I am scheduling a further appearance for Thursday, July 27, 2000 at 1:30 p.m., and at that time the respondents will report on the status of their efforts. I am requesting the respondents to utilize their best efforts to comply with this decision.

This drafting was slightly modified in the final order, dated December 14, 2000:

The Court shall retain jurisdiction to hear reports from the respondents respecting the respondents’ compliance with this Order. The respondents shall report to this Court on March 23, 2001 at 9:30 a.m., or on such other date as the Court may determine.

As Flinn J.A. observed in his reasons in the Court of Appeal ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104), nobody knew the exact nature of these reports. Their form and content were undefined. There was no indication as to whether they should be delivered orally or in writing or both nor as to how detailed they should be and what kind of supporting documents, if any, would be needed. The order also provided for hearings, but again, it left the parties in the dark as to the procedure, purpose or nature of these sessions of the court. The parties learned only shortly before these hearings that affidavits needed to be filed and deponents made available for cross-examination. Further, there seemed to be little direction, if any at all, as to what sort of evidence was required to be included for the purpose of the hearings. The nature of these hearings, as the process

et sa simplicité apparente témoignent mal de sa véritable complexité ainsi que de la confusion et de l’incertitude qu’elle a engendré non seulement dans l’esprit de toutes les parties, mais parfois également dans celui du juge lui-même. Cette ordonnance a un caractère définitif et non provisoire, et se trouve liée à l’ordonnance « de faire de son mieux » qui ne renseigne pas beaucoup sur la nature des obligations de l’intimé. Nous n’examinerons pas en détail cette partie de l’ordonnance étant donné qu’elle n’a pas été portée en appel. Nous nous concentrerons plutôt exclusivement sur l’ordonnance enjoignant de rendre compte qui fait l’objet du présent pourvoi.

L’ordonnance enjoignant de rendre compte était ainsi libellée lors du jugement (au par. 245) :

[TRADUCTION] Les demandeurs ont sollicité une déclaration de compétence de ma part. J’acquiesce à leur demande. Les défendeurs devront comparaître de nouveau le jeudi 27 juillet 2000, à 13 h 30, afin de rendre compte des efforts qu’ils auront déployés. Je leur demande de faire de leur mieux pour se conformer à la présente décision.

Le texte de l’ordonnance définitive du 14 décembre 2000 diffère légèrement :

[TRADUCTION] La cour se déclare compétente pour entendre les comptes rendus des défendeurs sur leur respect de la présente ordonnance. Les défendeurs devront rendre compte à la cour, le 23 mars 2001 à 9 h 30, ou à toute autre date fixée par cette dernière.

Comme le juge Flinn de la Cour d’appel l’a fait observer dans ses motifs ((2001), 194 N.S.R. (2d) 323, 2001 NSCA 104), personne ne connaissait exactement la nature de ces comptes rendus. Leur forme et leur contenu n’étaient pas précisés. Rien n’indiquait s’ils devraient être présentés de vive voix ou par écrit ou encore des deux manières, ni à quel point ils devraient être détaillés ou encore quelles pièces justificatives devaient être fournies. L’ordonnance prévoyait aussi la tenue d’auditions, mais là encore, sans préciser leur objet, leur nature ou encore la procédure qui leur serait applicable. Ce n’est que peu avant ces auditions que les parties ont appris qu’il serait nécessaire de déposer des affidavits et que leurs auteurs pourraient subir un contre-interrogatoire. De plus, il ne semblait guère y avoir de directives quant au genre de preuve requise pour

developed, appeared to become a cross between a mini-trial, an informal meeting with the judge and some kind of mediation session, for the purpose of monitoring the execution of the school-building program for Francophone students.

101 The trial judge himself seemed unsure about the nature of the hearings he had ordered and of the process he had initiated. At first, he appeared to lean towards the view that those hearings were regular sessions of the court, that he had not issued a final order and that additional relief could be requested. For example, in the July 27, 2000 hearing, the trial judge stated that in the hearings, he “would have the opportunity to determine if the Respondents were indeed making every or best efforts to comply” (appellants’ record, at p. 762). This was a reiteration of a claim made earlier in that hearing (appellants’ record, at p. 720). Similarly, in the August 9, 2000 hearing, the trial judge stated: “the amount of room I have with respect to a decision or direction or comment is very limited” (appellants’ record, at pp. 997-98); this statement implies that the trial judge had the power, albeit limited, to make orders. However, after the setting down of his formal order, at the last hearing in March 2001, he commented that he could not grant further relief, that he had fully disposed of the matter in his order and accompanying reasons, which were released the previous summer. He added that the sessions had a solely informational purpose.

102 In the meantime, schools were built or renovated and made available to Francophone students. It is difficult to determine whether those sessions accomplished anything in this respect. What these sessions certainly did was sow confusion, doubt and uncertainty about the obligations of the respondents and about the nature of a process that went on over several months. The trial judge appeared to view this process as open ended and indeterminate, with more sessions

les besoins de ces auditions. Au fur et à mesure qu’elles se déroulaient, les auditions ont paru tenir à la fois du mini-procès, de la rencontre informelle avec le juge et d’une sorte de séance de médiation, dont le but était de surveiller l’exécution du programme de construction d’écoles destinées aux élèves francophones.

Le juge de première instance lui-même semblait incertain de la nature des auditions qu’il avait ordonnées et du processus qu’il avait enclenché. Il a d’abord paru enclin à considérer qu’elles constituaient des audiences régulières de la cour, qu’il n’avait pas rendu une ordonnance définitive et qu’il serait possible de demander une réparation supplémentaire. Il a notamment déclaré, lors de l’audition du 27 juillet 2000, que ces auditions lui permettraient [TRADUCTION] « de déterminer si les intimés faisaient vraiment de leur mieux pour se conformer à l’ordonnance » (dossier des appelants, p. 762). Il ne faisait alors que réitérer une affirmation déjà faite au cours de cette audition (dossier des appelants, p. 720). De même, pendant l’audition du 9 août 2000, il a déclaré : [TRADUCTION] « je ne dispose que d’une latitude très mince en matière de décisions, de directives ou de commentaires » (dossier des appelants, p. 997-998); cette déclaration laisse entendre que le juge de première instance était habilité, quoique de façon limitée, à rendre des ordonnances. Toutefois, après avoir énoncé son ordonnance formelle lors de la dernière audition, en mars 2001, il a expliqué qu’il ne pouvait pas accorder une réparation supplémentaire, qu’il avait complètement tranché l’affaire dans son ordonnance et les motifs connexes déposés l’été précédent. Il a ajouté que les auditions avaient seulement pour but d’informer.

Pendant ce temps, des écoles étaient construites ou rénovées et mises à la disposition des élèves francophones. Il est difficile de savoir si ces auditions y étaient pour quelque chose. Toutefois, il est certain qu’elles ont semé la confusion, le doute et l’incertitude au sujet des obligations des intimés et de la nature d’un processus qui s’est étalé sur plusieurs mois. Le juge de première instance a paru considérer qu’il s’agissait d’un processus souple dont la durée était indéterminée, et qu’il pourrait à

being scheduled as he wished. Nobody really knew when it all would come to an end.

The uncertainty engendered by the reporting order was not merely inconvenient for the parties. In our view it amounted to a breach of the parties' interest in procedural fairness. One essential feature of a fair procedural rule is that its contents are clearly defined, and known in advance by the parties subject to it (*Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at pp. 233-36; see also: D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 233; R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 4, at pp. 279-82; S. A. de Smith, H. Woolf and J. L. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995 & Cum. Supp. 1998), at pp. 432-36).

Moreover, as we noted above, the trial judge in his initial characterization of the order seemed to believe, and certainly gave the impression, that he had the power to make further orders based on what was presented to him at the reporting sessions. In other words, he purported to have available the coercive power of the state to compel the parties to act, and suggested that he could do so based on conclusions that he would draw from the evidence placed before him. In the result, the parties found themselves before a trial judge who purported to exercise judicial functions and powers, and who provided almost nothing by way of procedural guidelines. The parties were denied notice which, as L'Heureux-Dubé J. has noted, is a rule "so fundamental in our legal system that I do not think there is any necessity to discuss it at length" (*Supermarchés Jean Labrecque*, *supra*, at p. 233). For this reason alone, the trial judge's order can be found to be inappropriate under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore void. Nonetheless, we turn now to a discussion of the principles of separation of powers and *functus officio*. Consideration of these principles will aid in assessing the appropriateness of the remedy, in light of the judiciary's proper role within our constitutional order.

loisir fixer d'autres dates d'audition. Personne ne savait exactement quand tout cela se terminerait.

L'incertitude créée par l'ordonnance enjoignant de rendre compte n'était pas une simple source d'ennui pour les parties. Nous estimons qu'elle constituait également une atteinte à leur droit à l'équité procédurale. Une règle de procédure ne peut être considérée comme juste et équitable que si son contenu est clairement défini et connu des parties auxquelles elle s'applique (*Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, p. 233-236; voir également D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 233; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1989), t. III, p. 393-398; S. A. de Smith, H. Woolf et J. L. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5<sup>e</sup> éd. 1995 & suppl. 1998), p. 432-436).

En outre, comme nous l'avons vu, lorsqu'il a caractérisé l'ordonnance au départ, le juge de première instance a semblé croire et a sûrement donné l'impression qu'il avait le pouvoir de rendre des ordonnances supplémentaires en fonction de ce qui lui serait présenté lors des auditions. En d'autres termes, il se prétendait habilité à exercer le pouvoir de l'État de contraindre les parties à agir, et laissait entendre qu'il pourrait le faire selon les conclusions qu'il tirerait de la preuve qui lui serait soumise. En définitive, les parties se sont trouvées devant un juge qui prétendait exercer des fonctions et pouvoirs judiciaires, et qui ne leur a fourni presque aucune directive en matière de procédure. Il n'a pas donné aux parties un avis suffisant, contrevenant ainsi à ce que la juge L'Heureux-Dubé a qualifié de règle « si fondamentale dans notre droit que je ne crois pas nécessaire d'en faire une longue démonstration » (*Supermarchés Jean Labrecque*, précité, p. 233). Il est possible, pour cette seule raison, de considérer que l'ordonnance du juge de première instance n'est pas convenable au sens du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle est donc nulle et sans effet. Nous allons néanmoins analyser le principe de la séparation des pouvoirs et la règle du *functus officio*, ce qui nous aidera à déterminer si la réparation est convenable compte tenu du rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel.

#### IV. The Appropriate Role of the Judiciary

105

While superior courts' powers to craft *Charter* remedies may not be constrained by statutory or common law limits, they are nonetheless bound by rules of fundamental justice, as we have shown above, and by constitutional boundaries, as we shall see below. In the context of constitutional remedies, courts fulfill their proper function by issuing orders precise enough for the parties to know what is expected of them, and by permitting the parties to execute those orders. Such orders are final. A court purporting to retain jurisdiction to oversee the implementation of a remedy, after a final order has been issued, will likely be acting inappropriately on two levels. First, by attempting to extend the court's jurisdiction beyond its proper role, it will breach the separation of powers principle. Second, by acting after exhausting its jurisdiction, it will breach the *functus officio* doctrine. We will look at each of these breaches in turn.

##### 1. *The Separation of Powers*

106

Courts are called upon to play a fundamental role in the Canadian constitutional regime. When needed, they must be assertive in enforcing constitutional rights. At times, they have to grant such relief as will be required to safeguard basic constitutional rights and the rule of law, despite the sensitivity of certain issues or circumstances and the reverberations of their decisions in their societal environment. Despite — or, perhaps, because of — the critical importance of their functions, courts should be wary of going beyond the proper scope of the role assigned to them in the public law of Canada. In essence, this role is to declare what the law is, contribute to its development and to give claimants such relief in the form of declarations, interpretation and orders as will be needed to remedy infringements of constitutional and legal rights by public authorities.

#### IV. Le rôle que doivent jouer les tribunaux

Bien qu'il ne puisse pas être limité par une disposition législative ou une règle de common law, l'exercice par les cours supérieures de leur pouvoir d'accorder des réparations fondées sur la *Charte* doit respecter, comme nous l'avons vu, les règles de justice fondamentale et, comme nous le verrons plus loin, certaines limites imposées par la Constitution. En matière de réparations fondées sur la Constitution, les tribunaux ne remplissent correctement leur fonction que s'ils rendent des ordonnances assez précises pour que les parties sachent ce qu'on attend d'elles et soient ainsi en mesure d'exécuter ces ordonnances. Ces ordonnances sont définitives. Un tribunal qui, après avoir rendu une ordonnance définitive, prétend se déclarer compétent pour surveiller la mise en œuvre de la réparation ordonnée est susceptible d'errer sur deux plans. Premièrement, en essayant d'élargir son champ de compétence au-delà du rôle qu'il doit jouer, il contrevient au principe de la séparation des pouvoirs. Deuxièmement, en continuant d'agir après avoir épuisé sa compétence, il enfreint la règle du *functus officio*. Nous allons examiner successivement ces deux violations.

##### 1. *La séparation des pouvoirs*

Les tribunaux sont appelés à jouer un rôle fondamental dans le régime constitutionnel canadien. Ils doivent, au besoin, assurer avec fermeté le respect des droits constitutionnels. Malgré la nature délicate de certaines questions ou circonstances et les répercussions sociales de leurs décisions, les tribunaux doivent parfois accorder la réparation nécessaire pour préserver des droits fondamentaux garantis par la Constitution et pour maintenir la primauté du droit. En dépit — ou peut-être à cause — de l'importance cruciale de leurs fonctions, les tribunaux doivent prendre garde de ne pas outrepasser le rôle qui leur est assigné en droit public canadien. Ce rôle consiste essentiellement à dire le droit, à contribuer à son évolution et à accorder à des demandeurs les réparations sous forme de jugement déclaratoire, d'interprétation ou d'ordonnance qui sont

Beyond these functions, an attitude of restraint remains all the more justified, given that, as the majority reasons acknowledge, Canada has maintained a tradition of compliance by governments and public servants with judicial interpretations of the law and court orders.

Given the nature of the Canadian parliamentary system, the existence of a true doctrine of separation of powers in Canada was sometimes put in doubt (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at p. 7-24; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 52). It is true that Canadians have never adopted a watertight system of separation of judicial, legislative and executive functions. In the discharge of their functions, courts have had to strike down laws, regulations or administrative decisions. They have imposed liability on the Crown or public bodies and have awarded damages against them. Forms of administrative justice or adjudication have grown out of the development of executive functions (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36). Such developments may be said to have blurred theoretical distinctions between government functions. Nevertheless, in a broad sense, a separation of powers is now entrenched as a cornerstone of our constitutional regime.

More particularly, the distinction clearly stands out in respect of the relationship of courts on one side and of the legislatures and executive or public administration on the other (H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at pp. 756-57). Our Court has acknowledged the fundamental nature of the separation

nécessaires pour remédier aux atteintes à des droits conférés par la Constitution ou par la loi, dont sont responsables les autorités publiques. Au-delà de ces fonctions, une attitude de retenue est d'autant plus justifiée qu'il existe au Canada — comme le reconnaissent les juges majoritaires en l'espèce — une tradition de respect des interprétations et des ordonnances judiciaires de la part des gouvernements et des fonctionnaires.

La nature du régime parlementaire canadien a parfois eu pour effet de jeter le doute sur l'existence d'un véritable principe de séparation des pouvoirs au Canada (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 7-24; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 52). Il est vrai que les Canadiens n'ont jamais adopté un système étanche de séparation des fonctions: judiciaire, législative et exécutive. Dans l'exercice de leurs fonctions, les tribunaux ont parfois été appelés à invalider des lois, des règlements ou encore des décisions administratives. Il leur est arrivé de conclure à la responsabilité de l'État ou d'organismes publics et de leur ordonner de verser des dommages-intérêts. L'évolution de la fonction exécutive a engendré de nouveaux types de justice administrative et de fonctions juridictionnelles (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36). On peut dire que les distinctions théoriques entre les fonctions gouvernementales s'en sont trouvées estompées. Malgré tout, il reste que, généralement parlant, la séparation des pouvoirs est maintenant consacrée en tant que pierre d'assise de notre régime constitutionnel.

En particulier, la distinction ressort clairement en ce qui a trait à la relation qui existe entre les tribunaux, d'une part, et le législateur et l'exécutif ou encore l'administration publique, d'autre part (H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 756-757). La Cour a reconnu le caractère fondamental de la séparation

of powers, although some of its pronouncements emphasize its functional nature (*New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319). Indeed, our Court has recently characterized this principle as a defining feature of the Canadian Constitution (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”); see also *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70).

des pouvoirs même si, dans certains arrêts, elle met l'accent sur la nature fonctionnelle de cette séparation (*New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319). D'ailleurs, elle qualifiait récemment ce principe de caractéristique fondamentale de la Constitution canadienne (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale* »); voir aussi *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470).

109 Our Court has strongly emphasized and vigorously applied the principle of separation of powers in order to uphold the independence of the judiciary (see for example: *Provincial Court Judges Reference*, *supra*; see also *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13). In that context, the principle was viewed as a shield designed to protect the judiciary in order to allow it to discharge its duties under the Constitution with complete independence and impartiality. Nothing less was required to maintain the normative ordering of the Canadian legal system.

La Cour a fait une large place au principe de la séparation des pouvoirs qu'elle s'est employée vigoureusement à appliquer pour préserver l'indépendance des tribunaux (voir notamment le *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale*, précité; voir aussi l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13). Dans ce contexte, le principe était perçu comme un rempart destiné à permettre aux tribunaux de s'acquitter, d'une manière complètement indépendante et impartiale, des obligations que leur impose la Constitution. Le maintien de l'ordre normatif du système juridique canadien ne commandait rien de moins.

110 However, the principle of separation of powers has an obverse side as well, which equally reflects the appropriate position of the judiciary within the Canadian legal system. Aside from their duties to supervise administrative tribunals created by the executive and to act as vigilant guardians of constitutional rights and the rule of law, courts should, as a general rule, avoid interfering in the management of public administration.

Dans son application, le principe de la séparation des pouvoirs comporte toutefois un autre aspect, lequel reflète également la place qui revient au pouvoir judiciaire à l'intérieur du système juridique canadien. En plus d'être tenus d'exercer les fonctions de surveillance des tribunaux administratifs que leur confie l'exécutif et de veiller attentivement au respect des droits garantis par la Constitution et au maintien de la primauté du droit, les tribunaux judiciaires doivent, en général, éviter de s'immiscer dans la gestion de l'administration publique.

111 More specifically, once they have rendered judgment, courts should resist the temptation to directly oversee or supervise the administration of their orders. They should generally operate under

Plus particulièrement, les tribunaux qui ont rendu jugement doivent résister à la tentation de superviser ou surveiller directement l'exécution de leurs ordonnances. Ils doivent généralement présumer que leurs

a presumption that judgments of courts will be executed with reasonable diligence and good faith. Once they have declared what the law is, issued their orders and granted such relief as they think is warranted by circumstances and relevant legal rules, courts should take care not to unnecessarily invade the province of public administration. To do otherwise could upset the balance that has been struck between our three branches of government.

This is what occurred in the present case. When the trial judge attempted to oversee the implementation of his order, he not only assumed jurisdiction over a sphere traditionally outside the province of the judiciary, but also acted beyond the jurisdiction with which he was legitimately charged as a trial judge. In other words, he was *functus officio* and breached an important principle which reflects the nature and function of the judiciary in the Canadian constitutional order, as we shall see now.

## 2. *Functus Officio*

Canadian doctrinal and judicial writing on *functus officio* is sparse, even though the rule itself derives from an old case of the English Court of Appeal (*In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88). Essentially, the rule is that the court has no jurisdiction to reopen or amend a final decision, except in two cases: (1) where there has been a slip in drawing up the judgment, or (2) where there has been error in expressing the manifest intention of the court (see *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239 (C.A.); *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186). More recently, this Court affirmed that this rule need not always be rigidly applied to tribunals in the administrative law context when the policy reasons for it are not present (*Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848).

The existence and scope of a right of appeal has often been made the focus of analytical attention in applying the *functus* doctrine. Such was the case when the power of the Court of Chancery to

jugements seront exécutés avec diligence raisonnable et de bonne foi. Après avoir dit le droit, rendu leurs ordonnances et accordé les réparations qu'ils estiment justifiées compte tenu des circonstances et des règles de droit applicables, les tribunaux doivent prendre soin de ne pas s'immiscer inutilement dans l'administration publique, sinon l'équilibre entre les trois branches du gouvernement risque d'être perturbé.

C'est ce qui s'est produit en l'espèce. Lorsqu'il a tenté de superviser l'exécution de son ordonnance, le juge de première instance s'est non seulement déclaré compétent dans un domaine qui, traditionnellement, ne relève pas des tribunaux, mais il a également outrepassé la compétence légitime dont il est investi en tant que juge de première instance. Autrement dit, il était dessaisi de l'affaire et, comme nous allons le voir, a, de ce fait, contrevenu à un principe important qui reflète la nature et la fonction des tribunaux dans l'ordre constitutionnel canadien.

## 2. *Le functus officio*

Au Canada, la jurisprudence et la doctrine relatives au *functus officio* est peu abondante, bien que cette règle émane d'un arrêt ancien de la Cour d'appel d'Angleterre (*In re St. Nazaire Co.* (1879), 12 Ch. D. 88). La règle du *functus officio* veut essentiellement que les tribunaux n'aient pas compétence pour rouvrir ou modifier une décision définitive, sauf dans deux cas : (1) en cas d'emploi involontaire d'un mot pour un autre dans le texte du jugement, ou (2) en cas d'erreur dans l'expression de l'intention manifeste de la cour (voir *In re Swire* (1885), 30 Ch. D. 239 (C.A.); *Paper Machinery Ltd. c. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186). Plus récemment, la Cour affirmait qu'il n'est pas toujours nécessaire d'appliquer rigoureusement cette règle aux tribunaux administratifs, lorsque les raisons de principe de l'appliquer ne sont pas réunies (*Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848).

L'existence et la portée d'un droit d'appel ont souvent été au centre de l'analyse visant à déterminer s'il y avait lieu d'appliquer la règle du *functus officio*. Il en était ainsi au moment où, en 1873,

112

113

114

rehear cases was extinguished by the *Judicature Acts* in 1873 by fusing common law and equity jurisdictions into one court and providing for a single appeal to a newly created Court of Appeal (*In re St. Nazaire, supra*). Originally, this was also the focus of the *functus* analysis for administrative tribunals that had rights of appeal tightly constrained by statute (see *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577). However, the underlying rationale for the doctrine is clearly more fundamental: that for the due and proper administration of justice, there must be finality to a proceeding to ensure procedural fairness and the integrity of the judicial system. The point is plainly made by Sopinka J. in *Chandler, supra*, at pp. 861-62:

As a general rule, once . . . a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. . . .

To this extent, the principle of *functus officio* applies. It is based, however, on the policy ground which favours finality of proceedings rather than the rule which was developed with respect to formal judgments of a court whose decision was subject to a full appeal.

115

If a court is permitted to continually revisit or reconsider final orders simply because it has changed its mind or wishes to continue exercising jurisdiction over a matter, there would never be finality to a proceeding, or, as G. Pépin and Y. Ouellette have perceptively termed it, the providing of [TRANSLATION] “legal security” for the parties (*Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 221). This concern for finality is evident in the definition of *functus officio*:

[TRANSLATION] Qualifies a court or tribunal, a public body or an official that is no longer seized of a matter

les *Judicature Acts* ont mis fin au pouvoir de la Cour de Chancellerie de réentendre une affaire, par le regroupement des juridictions de common law et d'équité en une seule cour et par la création d'un droit d'appel unique devant une nouvelle cour d'appel (*In re St. Nazaire, précité*). À l'origine, ces questions étaient également au centre de l'analyse visant à déterminer si la règle du *functus officio* s'appliquait aux tribunaux administratifs où le droit d'appel était rigoureusement limité par la loi (voir *Grillas c. Ministre de la Main-d'Œuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577). Toutefois, ce principe repose manifestement sur un raisonnement plus fondamental, à savoir que la bonne administration de la justice exige que les procédures aient un caractère définitif de façon à maintenir l'équité procédurale et l'intégrité du système judiciaire. Le juge Sopinka s'est clairement exprimé sur ce point dans *Chandler, précité*, p. 861-862 :

En règle générale, lorsqu'un [. . .] tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé . . .

Le principe du *functus officio* s'applique dans cette mesure. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d'une cour de justice dont la décision peut faire l'objet d'un appel en bonne et due forme.

Si les tribunaux pouvaient continuellement revoir ou réexaminer des ordonnances définitives simplement parce qu'ils changent d'idée ou qu'ils souhaitent continuer d'exercer leur compétence à l'égard d'une affaire, les procédures n'auraient jamais de caractère définitif ou, comme l'ont affirmé avec perspicacité G. Pépin et Y. Ouellette, il n'y aurait aucune « sécurité juridique » pour les parties (*Principes de contentieux administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1982), p. 221). Ce souci du caractère définitif ressort clairement de la définition de l'expression *functus officio* :

Se dit d'un tribunal, d'un organisme public ou d'un fonctionnaire qui est dessaisi d'une affaire parce qu'il a cessé



because it or he or she has discharged the office. E.g. A judge who has pronounced a final judgment is *functus officio*.

(H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2001), at p. 253)

The principle ensures that subject to an appeal, parties are secure in their reliance on the finality of superior court decisions.

This common law rule is further reflected in modern rules of civil procedure (see, e.g., *Nova Scotia Civil Procedure Rules*, Rule 15.07) and the interpretation of criminal appeal provisions (see *R. v. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89 (Ont. C.A.), considering s. 675 of the *Criminal Code*). Whether in its common law or statutory form, the doctrine of *functus officio* provides that only in strictly limited circumstances can a court revisit an order or judgment (see *Nova Scotia Civil Procedure Rules*, Rule 15.08). If it were otherwise, there would be, to paraphrase Charron J.A. in *H. (E.F.)*, *supra*, at p. 101, the recurring danger of the trial process becoming or appearing to become a “never closing revolving door” through which litigants could come and go as they pleased.

In addition to this concern with finality, the question of whether a court is clothed with the requisite authority to act raises concerns related to the separation of powers, a principle that transcends procedural and common law rules. In our view, if a court intervenes, as here, in matters of administration properly entrusted to the executive, it exceeds its proper sphere and thereby breaches the separation of powers. By crossing the boundary between judicial acts and administrative oversight, it acts illegitimately and without jurisdiction. Such a crossing of the boundary cannot be characterized as relief that is “appropriate and just in the circumstances” within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*.

l'exercice de sa fonction. Ex. Le juge qui a prononcé un jugement final est *functus officio*.

(H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2001), p. 253)

Ce principe garantit que, sous réserve d'un appel, les parties peuvent compter sur le caractère définitif des décisions des cours supérieures.

Cette règle de common law se reflète également dans les règles de procédure civile contemporaines (voir, par exemple, les *Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, art. 15.07), ainsi que dans l'interprétation des dispositions relatives aux appels en matière criminelle (voir l'arrêt *R. c. H. (E.F.)* (1997), 115 C.C.C. (3d) 89 (C.A. Ont.), qui porte sur l'art. 675 du *Code criminel*). Que ce soit sous forme de règle de common law ou de disposition législative, la règle du *functus officio* veut qu'un tribunal ne puisse revenir sur une ordonnance ou un jugement que dans des circonstances très limitées (voir les *Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, art. 15.08). S'il en était autrement, il y aurait, pour paraphraser le juge Charron dans l'arrêt *H. (E.F.)*, précité, p. 101, un risque constant que le procès devienne ou paraisse devenir un exercice interminable auquel les justiciables peuvent décider, à leur gré, de se prêter ou de ne plus se prêter.

Outre ce souci du caractère définitif, la question de savoir si un tribunal a la compétence voulue pour agir suscite des inquiétudes liées à l'application du principe de la séparation des pouvoirs qui transcende les règles de procédure et de common law. Nous sommes d'avis que, lorsque, comme cela a été fait en l'espèce, un tribunal intervient dans des questions d'administration relevant à juste titre de l'exécutif, ce tribunal sort de son propre champ de compétence et contrevient, de ce fait, au principe de la séparation des pouvoirs. En franchissant la ligne qui sépare les mesures judiciaires et les mesures de surveillance administrative, le tribunal agit de manière illégitime et sans posséder la compétence voulue. Un tel geste ne saurait être qualifié de réparation « convenable et juste eu égard aux circonstances », au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

116

117

V. Application of the Relevant Principles to the Present Case

118 When the above principles are applied to the present facts, it is evident that McIntyre J.'s admonition in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, that s. 24(1) "was not intended to turn the Canadian legal system upside down" is apropos (p. 953). In our view, the trial judge's remedy undermined the proper role of the judiciary within our constitutional order, and unnecessarily upset the balance between the three branches of government. As a result, the trial judge in the present circumstances acted inappropriately, and contrary to s. 24(1).

119 As we noted above, the trial judge equivocated on the question of whether his purported retention of jurisdiction empowered him to make further orders. Regardless of which position is taken, the separation of powers was still breached. On the one hand, if he did purport to be able to make further orders, based on the evidence presented at the reporting hearings, he was *functus officio*. We find it difficult to imagine how any subsequent order would not have resulted in a change to the original final order. This necessarily falls outside the narrow exceptions provided by *functus officio*, and breaches that rule.

120 Such a breach would also have resulted in a violation of the separation of powers principle. By purporting to be able to make subsequent orders, the trial judge would have assumed a supervisory role which included administrative functions that properly lie in the sphere of the executive. These functions are beyond the capacities of courts. The judiciary is ill equipped to make polycentric choices or to evaluate the wide-ranging consequences that flow from policy implementation. This Court has recognized that courts possess neither the expertise nor the resources to undertake public administration. In

V. L'application des principes pertinents à la présente affaire

L'application des principes susmentionnés aux faits de la présente affaire permet de constater la pertinence de la mise en garde du juge McIntyre dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 953, selon laquelle le par. 24(1) « n'était pas cens[é] provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien ». À notre avis, la réparation accordée par le juge de première instance mine le rôle que les tribunaux doivent jouer dans notre ordre constitutionnel et perturbe inutilement l'équilibre entre les trois branches du gouvernement. Par conséquent, eu égard aux circonstances de la présente affaire, le juge de première instance a agi d'une façon inappropriée et contraire au par. 24(1).

Comme nous l'avons vu, il n'a pas expliqué clairement si la déclaration de compétence qu'il prétendait faire l'habilitait à rendre des ordonnances supplémentaires. Quel que soit le point de vue choisi, il reste que le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas respecté. À supposer qu'il a effectivement prétendu qu'il aurait compétence pour rendre des ordonnances supplémentaires en se fondant sur la preuve qui serait soumise aux auditions de comptes rendus, le juge de première instance a eu tort car il était dessaisi de l'affaire. Nous voyons mal comment une ordonnance subséquente n'aurait pas opéré de modification à l'ordonnance initiale définitive. Une telle mesure outrepassé nécessairement le champ des exceptions bien précises que prévoit la règle du *functus officio* et contrevient donc à cette règle.

Cette mesure aura également entraîné une violation du principe de la séparation des pouvoirs. En prétendant être en mesure de rendre des ordonnances subséquentes, le juge de première instance s'attribuait un rôle de surveillance comportant des fonctions administratives qui relèvent, à juste titre, de l'exécutif. Ces fonctions excèdent la compétence des tribunaux. Les tribunaux ne sont pas en mesure de faire des choix polycentriques ou d'évaluer toute la gamme des conséquences de la mise en œuvre d'une politique générale. Notre Cour a reconnu que les tribunaux judiciaires ne possèdent ni l'expertise

*Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 96, it was held that in light of the “myriad options” available to the government to rectify the unconstitutionality of the impugned system, it was “not this Court’s role to dictate how this is to be accomplished”.

In addition, if he purported to adopt a managerial role, the trial judge undermined the norm of co-operation and mutual respect that not only describes the relationship between the various actors in the constitutional order, but defines its particularly Canadian nature, and invests each branch with legitimacy. In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, Iacobucci J. noted that “respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others’ role and the role of the courts” (para. 136). He discussed the wording of provisions of the *Charter* that expressed this norm of mutual respect (para. 137), and remarked that this norm has “the effect of enhancing the democratic process” (para. 139).

Similarly, McLachlin J. (as she then was) in the 1990 Weir Memorial Lecture reviewed the elements of our legal culture — including our political climate, our tradition of judicial restraint, and the system of references — that have contributed to a spirit of co-operation, rather than confrontation among the branches of government (B. M. McLachlin, “The Charter: A New Role for the Judiciary?” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540, at pp. 554-56). Moreover, referring to her reasons in *Dixon v. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247 (B.C.S.C.), she spoke to the importance of considerations of institutional legitimacy for a court crafting a remedy (at p. 557):

It was not for me, I felt, to dictate to the Legislature what sort of law they should enact; that was the responsibility of the elected representatives. But, again following a time-honoured judicial tradition, I offered advice

ni les ressources nécessaires pour prendre en charge l’administration publique. Dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 96, elle a conclu que, devant la « myriade de solutions » dont disposait le gouvernement pour remédier à l’inconstitutionnalité du système en cause, il n’appartenait pas à la Cour « de lui dicter le moyen à prendre ».

En outre, s’il prétendait adopter un rôle de gestion, le juge de première instance remettait en question la norme de coopération et de respect mutuel qui, en plus de caractériser la relation entre les divers acteurs de l’ordre constitutionnel, en définit le contenu particulier dans le contexte canadien et contribue à la légitimité de chaque branche du gouvernement. Dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136, le juge Iacobucci souligne qu’il « est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l’exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux ». Analysant le libellé des dispositions de la *Charte* qui établissent la norme de respect mutuel (par. 137), il fait remarquer que cette norme enrichit le processus démocratique (par. 139).

De même, dans son allocution Weir Memorial Lecture en 1990, la juge McLachlin (plus tard Juge en chef) a passé en revue les éléments de notre culture juridique — dont notre climat politique, notre tradition de déférence judiciaire et le système de renvoi — qui ont contribué à développer un esprit de coopération, plutôt que de confrontation, entre les branches du gouvernement (B. M. McLachlin, « The Charter : A New Role for the Judiciary? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 540, p. 554-556). De plus, évoquant ses motifs dans l’affaire *Dixon c. British Columbia (Attorney-General)* (1989), 59 D.L.R. (4th) 247 (C.S.C.-B.), elle a parlé de l’importance que les tribunaux tiennent compte de la légitimité institutionnelle en concevant une réparation (à la p. 557) :

[TRADUCTION] J’estimais qu’il appartenait aux représentants élus, et non pas à moi, de dicter à la législature la sorte de loi qu’elle devait adopter. Mais, là encore, conformément à une longue tradition judiciaire, j’ai

121

122

on what limits on the principle of one person-one vote, might be acceptable.

123

McLachlin J. expressed this concern for the principle of democratic legitimacy in respect of the relationship between the judiciary and the legislature, but the principle extends to that between the judiciary and the executive. This Court has recognized that in the Canadian parliamentary system, the executive is inextricably tied to the legislative branch. The Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312, at p. 320, observed that “[t]here is thus a considerable degree of integration between the Legislature and the Government”. In *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 53, the Court held: “On a practical level, it is recognized that the same individuals control both the executive and legislative branches of government.”

124

Therefore, just as the legislature should, after a judicial finding of a *Charter* breach retain independence in writing its legislative response, the executive should after a judicial finding of a breach, retain autonomy in administering government policy that conforms with the *Charter*. In our constitutional order, the legislature and the executive are intimately interrelated and are the principal *loci* of democratic will. Judicial respect for that will should extend to both branches.

125

Thus, if the trial judge’s initial suggestion that he could continue to make orders, and thereby effectively engage in administrative supervision and decision making accurately characterizes the nature of the reporting sessions, the order for reporting sessions breached the constitutional principle of separation of powers. Since no part of the Constitution can be interpreted to conflict with another, that order cannot be considered appropriate and just in the circumstances, under s. 24(1). The trial judge’s order for reporting sessions should also be considered inappropriate because it put into question the Canadian tradition of mutual respect between the judiciary and the institutions that are the repository of democratic will.

prodigué des conseils sur la limitation du principe « une personne-un vote » qui pourrait être acceptable.

La juge McLachlin défendait alors le principe de la légitimité démocratique dans son application à la relation entre les tribunaux et le législateur, mais ce principe s’applique également à la relation entre les tribunaux et le pouvoir exécutif. Notre Cour a reconnu que, dans le régime parlementaire canadien, l’exécutif est inextricablement lié à la branche législative. Dans l’arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, p. 320, elle a fait observer qu’il existe « une [large mesure d’]intégration du gouvernement à la Législature ». Dans l’arrêt *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 53, la Cour a statué qu’« [e]n pratique, il est admis que les mêmes personnes contrôlent à la fois les organes exécutif et législatif du gouvernement ».

Par conséquent, tout comme le législateur doit faire preuve d’indépendance en légiférant à la suite de la conclusion d’un tribunal qu’il y a eu violation de la *Charte*, l’exécutif doit agir de manière autonome par rapport au judiciaire en appliquant une politique gouvernementale conforme à la *Charte*. Dans notre ordre constitutionnel, les pouvoirs législatif et exécutif sont étroitement liés et constituent les principaux sièges de la volonté démocratique. Les tribunaux doivent respecter cette volonté dans les deux cas.

Donc, si l’idée initiale du juge de première instance selon laquelle il pouvait continuer à rendre des ordonnances et exercer ainsi, en réalité, une surveillance et une fonction décisionnelle administratives témoigne exactement de la nature des auditions de comptes rendus, l’ordonnance qui prescrit ces auditions viole alors le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. En raison de l’impossibilité de considérer qu’il y a incompatibilité entre les différents principes constitutionnels, cette ordonnance ne saurait être qualifiée de convenable et juste eu égard aux circonstances, au sens du par. 24(1). De même, elle ne saurait être qualifiée de convenable étant donné qu’elle rompt avec la tradition de respect mutuel qui existe, au Canada, entre les tribunaux et les institutions dépositaires de la volonté démocratique.

If, however, the trial judge's statement in the last session that he could not make further orders correctly characterized his remedial order, then he breached the separation of powers in another way. When considered in light of this constitutional principle and applied to the present facts, McLachlin C.J.'s proposition that "s. 24 should not be read so broadly that it endows courts and tribunals with powers that they were never intended to exercise" (*R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 ("*Dunedin*"), at para. 22) leads to the conclusion that the trial judge's remedy was not appropriate and just in the circumstances.

The appellants argued that the trial judge retained jurisdiction only to hear reports, and that these hearings had purely "suasive" value. They also argued that the hearings were designed to hold "the Province's feet to the fire" (SCC hearing transcripts). They further suggested that the threat of having to report to the trial judge functioned as an incentive for the government to comply with the best efforts order. In the words of the appellants:

Is it a coincidence that, after a nine month delay (October 1999 to July 2000) the Province called for tenders eight days before the reporting hearing and "fast tracked" the school? The Province knew that it would have to report on July 27. The Province ensured that a call for tenders and a construction schedule were in place for July 27.

If this characterization of the trial judge's activity is accurate, then the order for reporting sessions did not result in the exercise of adjudicative, or any other, functions that traditionally define the ambit of a court's proper sphere. Moreover, it resulted in activity that can be characterized as political. According to the appellants' characterization, a primary purpose of the hearings was to put public

126  
Toutefois, si l'ordonnance réparatrice qu'il a accordée se définit plutôt par son affirmation, lors de la dernière audition, qu'il ne pouvait pas rendre des ordonnances supplémentaires, le juge de première instance a alors violé d'une autre façon le principe de la séparation des pouvoirs. Interprétée à la lumière de ce principe constitutionnel et appliquée aux faits de la présente affaire, la proposition de la juge en chef McLachlin, selon laquelle « l'art. 24 ne doit pas être interprété de façon si large qu'il aurait pour effet d'investir les tribunaux judiciaires et administratifs de pouvoirs qu'ils n'ont jamais été censés exercer » (*R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »), par. 22), amène à conclure que la réparation accordée par le juge de première instance n'était pas convenable et juste eu égard aux circonstances.

127  
Les appellants ont soutenu que le juge de première instance s'est déclaré compétent uniquement pour entendre des comptes rendus et que ces auditions n'avaient qu'une valeur « persuasive ». Ils ont également fait valoir que le but des auditions était [TRADUCTION] « [d']exercer une pression sur la province » (transcription de l'audience devant notre Cour). Ils ont ajouté que le fait d'être menacé de rendre compte au juge de première instance a incité le gouvernement à se conformer à l'ordonnance l'enjoignant de faire de son mieux. D'affirmer les appellants :

[TRADUCTION] Est-ce le fruit du hasard si, après neuf mois d'inertie (octobre 1999 à juillet 2000), la province a lancé des appels d'offres huit jours avant la tenue de l'audition de comptes rendus et a accéléré le projet des écoles? La province savait qu'elle devrait présenter un compte rendu le 27 juillet. Elle a veillé à ce que l'échéancier des travaux de construction soit établi et que l'appel d'offres soit déjà lancé à cette date.

128  
Si cette description de l'action du juge de première instance est exacte, alors l'ordonnance enjoignant de rendre compte ne correspondait pas à l'exercice de la fonction juridictionnelle ou de toute autre fonction qui relève traditionnellement de la compétence des tribunaux. De plus, elle s'est soldée par une action susceptible d'être qualifiée de politique. Selon les appellants, les auditions avaient

pressure on the government to act. This kind of pressure is paradigmatically associated with political actors. Indeed, the practice of publicly questioning a government on its performance, without having any legal power to compel it to alter its behaviour, is precisely that undertaken by an opposition party in the legislature during question period.

129 In the above, we reasoned that the trial judge, by breaching the separation of powers, would have put in question the norm of co-operation that defines the relationship between the branches of government in Canada. We will presently demonstrate how the trial judge, by improperly altering the relationship between the judiciary and the executive, would have breached the separation of powers.

130 In *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, Lamer C.J. described the separation of powers as providing that “the relationships between the different branches of government should have a particular character” (para. 139 (emphasis in original)). In particular, according to him, the separation of powers doctrine requires that these relationships be depoliticized (para. 140 (emphasis in original)).

131 In that case, Lamer C.J. remarked that the legislature and the executive cannot exert, and cannot appear to exert political pressure on the judiciary (para. 140). The reciprocal proposition applies to the immediate case. With the reporting hearings, the trial judge may have sought to exert political or public pressure on the executive, and at least appeared to do so. In our view, such action would tend to politicize the relationship between the executive and the judiciary.

132 If the reporting hearings were intended to hold “the Province’s feet to the fire”, the character of the relationship between the judiciary and the executive was improperly altered and, as per the *Provincial Court Judges Reference*, the constitutional principle of separation of powers

principalement pour but de presser ouvertement le gouvernement d’agir. Ce genre de pression est traditionnellement associé à l’action des intervenants politiques. En fait, l’opposition agit exactement de cette manière lorsqu’elle interpelle publiquement le gouvernement sur son action, bien qu’elle ne puisse pas légalement le contraindre à modifier sa conduite.

Nous avons affirmé, plus haut, que la violation du principe de la séparation des pouvoirs par le juge de première instance aura remis en question la norme de coopération qui définit la relation entre les branches du gouvernement au Canada. Nous allons maintenant démontrer comment cette modification irrégulière de la relation entre les tribunaux et le pouvoir exécutif aura violé le principe de la séparation des pouvoirs.

Dans le *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale*, précité, le juge en chef Lamer affirme que, selon le principe de la séparation des pouvoirs, « les rapports [que les trois branches du gouvernement] entretiennent devraient revêtir un caractère particulier » (par. 139 (souligné dans l’original)). Il estime, en particulier, que la séparation des pouvoirs exige que ces rapports soient dépolitisés (par. 140 (souligné dans l’original)).

Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer fait observer que les pouvoirs législatif et exécutif ne peuvent pas et ne doivent pas exercer des pressions politiques sur le pouvoir judiciaire, ni être perçus comme le faisant (par. 140). L’inverse s’applique en l’espèce. En ordonnant la tenue d’auditions de comptes rendus, le juge de première instance peut avoir voulu exercer des pressions politiques ou publiques sur l’exécutif, ou avoir tout au moins donné cette impression. Ce genre de méthode tend, selon nous, à politiser les rapports entre l’exécutif et le judiciaire.

En supposant que les auditions de comptes rendus avaient pour but d’« exercer une pression sur la province », il y a alors eu altération irrégulière de la nature des rapports entre le judiciaire et l’exécutif et, selon le *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale*, il y a eu violation

was breached. Once again, since no part of the Constitution can conflict with another, the trial judge's order for reporting hearings cannot be interpreted as appropriate and just under s. 24(1).

We would reiterate, at this point, the importance of clarity and certainty in the provisions of a court order. If the trial judge had precisely defined the terms of the remedy, in advance, then the ensuing confusion surrounding his role may not have occurred. Moreover, by complying with this essential element of fair procedure, he may have been able to avoid the constitutional breach of the separation of powers that followed.

VI. Neither a Breach of Procedural Fairness nor of the Separation of Powers Was Appropriate

We noted above that this Court in *Eldridge* recognized the appropriateness of judicial restraint in issuing a remedy under s. 24(1), given the variety of choices open to the executive in administering policy. Implicit in the declaratory remedy ordered in that case was the presumption that the government will act in good faith in rectifying *Charter* wrongs and the recognition that legislatures and executives, not the courts, are in the best position to decide exactly how this should be done. Turning to the present case then, the trial judge's decision to provide injunctive relief already represented a departure from the cooperative norm that defines and shapes the relationships among the branches of the Canadian constitutional order. We do not deny that in the appropriate factual circumstances, injunctive relief may become necessary. However, the trial judge's order for reporting sessions then purported to go even further, and breached both a fundamental principle of procedural fairness and the constitutional principle of separation of powers.

One might argue that such a breach is appropriate where it is the only way that a claimant's rights

du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Là encore, puisqu'il ne peut y avoir incompatibilité entre les différents principes constitutionnels, l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance enjoint de rendre compte ne peut pas être qualifiée de convenable et juste au sens du par. 24(1).

À ce stade, nous tenons à revenir sur l'importance de rendre des ordonnances claires et dénuées de toute ambiguïté. Si le juge de première instance avait précisé d'avance les modalités de la réparation, il n'y aurait peut-être pas eu de confusion au sujet de son rôle. De plus, le respect de cette condition essentielle de l'équité procédurale aurait pu lui permettre d'éviter la violation subséquente du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

VI. Aucun manquement à l'équité procédurale ni aucune violation du principe de la séparation des pouvoirs n'étaient convenables

Nous avons souligné plus haut que la Cour a reconnu, dans l'arrêt *Eldridge*, qu'en accordant une réparation fondée sur le par. 24(1) il convient de faire preuve de retenue en raison de l'éventail de choix dont l'exécutif dispose en matière d'application de politiques. Le jugement déclaratoire accordé en l'espèce reposait implicitement sur la présomption que le gouvernement agit de bonne foi lorsqu'il est appelé à corriger des entorses à la *Charte* et sur la reconnaissance que ce sont les pouvoirs législatif et exécutif, et non les tribunaux, qui sont davantage en mesure de choisir la façon de le faire. Dès qu'il a décidé, en l'espèce, d'accorder une réparation sous forme d'injonction, le juge de première instance s'est écarté de la norme de coopération qui définit et façonne les rapports entre les branches de l'ordre constitutionnel canadien. Nous ne nions pas que, lorsque les faits le justifient, la réparation sous forme d'injonction puisse être nécessaire. Toutefois, l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance a enjoint de rendre compte paraissait aller encore plus loin et violait à la fois un principe fondamental d'équité procédurale et le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

On pourrait soutenir qu'une telle violation se justifie lorsque c'est le seul moyen de défendre

133

134

135

can be vindicated. Alternatively, one might suggest that if a government has ignored previous, less intrusive judicial measures, and thereby put into question their efficacy, a court might be justified in abandoning the presumption of governmental good will that we referred to above. In our view, the present case gave rise to neither of these arguments.

136 Turning to the first argument, if the hearings were aimed at ensuring the vindication of the claimants' rights by providing them with the opportunity to enforce or alter the remedy, there were alternatives available. If the claimants felt that the government was not complying with any part of the order, then they could have brought an application for contempt. The majority seems to suggest that contempt proceedings would have been less effective in this case in ensuring timely performance of the order, without being any more respectful of the separation of powers. However, we would note that expedited applications are possible in Nova Scotia and other jurisdictions to deal with cases quickly and efficiently. In addition, the reporting order at issue in this case precluded applying to any other judge for relief and was, in this way, even more limiting than a contempt proceeding. Most importantly, contempt proceedings are more consistent with our adversarial system, which is based on the common law norm of giving the parties primary control over the proceedings (see J. I. H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice* (1987), at p. 13). In contrast, the present order for reporting sessions placed the trial judge in an inappropriate, ongoing supervisory and investigative role despite the availability of the equally effective, well-established, and minimally intrusive alternative of contempt relief.

137 Consequently, it is clear that the order for reporting hearings was not the only means of vindicating the claimants' rights, and that recourse to

les droits du demandeur. On pourrait également affirmer qu'un tribunal serait éventuellement justifié d'abandonner la présomption susmentionnée de bonne volonté de la part du gouvernement, dans le cas où un gouvernement n'aurait pas tenu compte de mesures judiciaires antérieures moins attentatoires et aurait, de ce fait, compromis leur efficacité. À notre avis, aucun de ces arguments ne pouvait être invoqué en l'espèce.

En ce qui concerne le premier argument, si les auditions avaient pour but de défendre les droits des demandeurs en donnant à ces derniers la possibilité de faire exécuter ou modifier la réparation, d'autres solutions existaient. Si les demandeurs avaient eu l'impression que le gouvernement ne se conformait pas à une partie quelconque de l'ordonnance, ils auraient pu déposer une requête pour outrage. Les juges majoritaires semblent affirmer qu'en l'espèce des poursuites pour outrage auraient encore moins permis d'assurer l'exécution diligente de l'ordonnance, sans pour autant respecter davantage le principe de la séparation des pouvoirs. Toutefois, nous tenons à souligner qu'il existe, en Nouvelle-Écosse et dans d'autres ressorts, des procédures accélérées qui permettent de régler rapidement et efficacement les litiges. De plus, l'ordonnance enjoignant de rendre compte, dont il est question en l'espèce, interdisait de s'adresser à un autre juge pour obtenir réparation et était donc encore plus restrictive que des poursuites pour outrage. Qui plus est, les poursuites pour outrage respectent davantage la nature de notre système accusatoire, qui repose sur la règle de common law voulant que la gestion des litiges relève d'abord et avant tout des parties (voir J. I. H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice* (1987), p. 13). Par contre, la présente ordonnance enjoignant de rendre compte investit le juge de première instance d'un rôle continu et inapproprié de surveillance et d'enquête, et ce, malgré la possibilité de recourir à l'autre solution bien établie, aussi efficace et peu attentatoire que sont les poursuites pour outrage.

Il est donc clair que l'ordonnance enjoignant de rendre compte ne représentait pas le seul moyen de défendre les droits des demandeurs et que le



a readily available alternative would have been consistent with a defining feature of our legal system. Recourse to this alternative would not have resulted in an interpretation of the court's remedial powers that was so broad as to purport to endow the court with powers that it was "never intended to exercise" (*Dunedin, supra*, at para. 22). It is important to stress that in the present case, it is not clear that actual recourse to a contempt application would have been necessary. The point is simply that if judicial enforcement of the deadlines in question were necessary, recourse to this alternative would not have overextended the court's powers.

On a last note, we find it difficult to imagine circumstances where a breach of one party's fundamental right to notice would aid in the vindication of another's *Charter* rights. In any event, the present facts do not present such a case. The intrusiveness of the trial judge's order was in no way necessary to secure the claimants' s. 23 interests. Given the absence of any causal connection between the breach of the parties' right to notice and the effectiveness of the purported remedy, we would conclude that the breach cannot be considered appropriate for the purposes of s. 24(1).

The second argument is simply not applicable in this case. The facts here do not require us to decide whether previous government non-compliance can ever justify remedial orders that breach principles of procedural fairness and the separation of powers. The Government of Nova Scotia did not refuse to comply with either a prior remedial order or a declaration with respect to its particular obligations in the fact-situation at hand. No such order was made and it is impossible to determine whether the government would have responded in the present case to either a declaration of rights, or the injunction to meet the deadline as these measures were combined with the order purporting to retain jurisdiction to oversee

recours à une autre solution aisément accessible aurait été conforme à une caractéristique fondamentale de notre système juridique. Si cette autre solution avait été utilisée, la compétence que les tribunaux possèdent en matière de réparation n'aurait pas reçu une interprétation large au point d'investir les tribunaux judiciaires et administratifs de pouvoirs qu'ils n'ont « jamais été censés exercer » (*Dunedin*, précité, par. 22). D'ailleurs, il importe de souligner qu'il n'est pas clair que des poursuites pour outrage auraient été nécessaires en l'espèce. Nous voulons simplement indiquer que si une intervention judiciaire s'était révélée nécessaire pour assurer le respect des délais en cause, le recours à cette autre solution n'aurait pas eu pour effet d'élargir démesurément les pouvoirs du tribunal.

Enfin, il nous est difficile d'imaginer une situation où l'atteinte au droit fondamental d'une partie d'être informée serait utile pour défendre les droits que la *Charte* garantit à une autre partie. De toute façon, la question ne se pose pas en l'espèce. Le juge de première instance n'avait pas à rendre une telle ordonnance attentatoire pour faire respecter les droits garantis aux demandeurs par l'art. 23. Compte tenu de l'absence de lien causal entre l'atteinte au droit des parties d'être informées et l'efficacité de la réparation censée être accordée, nous sommes d'avis de conclure que cette atteinte ne peut pas être qualifiée de convenable au sens du par. 24(1).

Le second argument ne s'applique tout simplement pas en l'espèce. À la lumière des faits, nous n'avons pas à déterminer si l'omission antérieure du gouvernement de respecter les droits en cause peut vraiment justifier la délivrance d'ordonnances réparatrices qui violent les principes de l'équité procédurale et de la séparation des pouvoirs. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse n'a pas refusé de se conformer à une ordonnance réparatrice ou à un jugement déclaratoire antérieurs portant sur les obligations particulières qui lui incombent dans le cas qui nous occupe. En l'absence d'une ordonnance de cette nature, il est impossible de déterminer si, en l'espèce, le gouvernement aurait réagi à un simple jugement déclaratoire ou à une simple

the reporting sessions. Therefore, it cannot be asserted that the trial judge's order has succeeded where less intrusive remedial measures failed.

140 Moreover, what was required by the Government of Nova Scotia to comply with its obligations pursuant to s. 23 was not self-evident at trial. The trial judge was not faced with a government which was cognizant of how it should fulfill its obligations, but refused to do so. Indeed, at issue before the trial judge was precisely the question of what compliance with s. 23 involved. The present order, therefore, did not overcome governmental recalcitrance in the face of a clear understanding of what s. 23 required in the circumstances of the case. Remedies must be chosen in light of the nature and structure of the Canadian constitutional order, an important feature of which is the presumption of co-operation between the branches of government. Therefore, unless it is established that this constitutional balance has been upset by the executive's clear defiance of a directly applicable judicial order, increased judicial intervention in public administration will rarely be appropriate.

141 In choosing and reviewing s. 24(1) remedies, it is important to remember that the inquiry into the appropriateness of a remedy should be undertaken from an *ex ante* perspective. The simple fact that a desired result occurs after a remedial order is issued is not relevant to determining the question of the order's appropriateness. In our view, an adequate *ex ante* assessment must consider the risks that attend a given remedy. In the present case, as Freeman J.A. noted in dissent, if the trial judge "misread the degree of co-operation he could expect from the players, there was a risk of failure" (para. 84). That the present remedy's susceptibility to failure was tied to the capacities of a particular judge should in itself give pause. In our view, whether a remedy is appropriate should be assessed with

injonction de respecter des délais, étant donné que ces mesures sont incorporées à l'ordonnance dans laquelle le juge prétend se déclarer compétent pour superviser des auditions de comptes rendus. On ne peut donc pas affirmer que l'ordonnance du juge de première instance a réussi là où des mesures réparatrices moins attentatoires ont échoué.

En outre, ce que le gouvernement de la Nouvelle-Écosse devait faire pour s'acquitter de ses obligations conformément à l'art. 23 n'était pas clair au procès. Le juge de première instance n'avait pas devant lui un gouvernement qui savait comment remplir ses obligations, mais refusait de le faire. En réalité, la question à laquelle le juge devait répondre était justement de savoir ce qu'il fallait faire pour se conformer à l'art. 23. Par conséquent, l'ordonnance rendue en l'espèce n'était pas justifiée par le besoin de vaincre la réticence d'un gouvernement bien au fait de ce que l'art. 23 commandait dans les circonstances. Le choix d'une réparation doit tenir compte de la nature et de la structure de l'ordre constitutionnel canadien, dont l'une des caractéristiques importantes demeure la présomption de collaboration entre les branches du gouvernement. Par conséquent, à moins de démontrer que cet équilibre constitutionnel a été rompu en raison de la réticence manifeste de l'exécutif à se conformer à une ordonnance du tribunal qui le visait directement, une intervention accrue des tribunaux dans l'administration publique est rarement appropriée.

Lors du choix et de l'examen des réparations visées au par. 24(1), il importe de se rappeler que le caractère convenable d'une réparation doit faire l'objet d'une analyse *ex ante*. Le simple fait qu'une ordonnance réparatrice ait eu l'effet souhaité n'est pas pertinent pour en déterminer le caractère convenable. Nous estimons que l'évaluation *ex ante* doit tenir compte des risques inhérents à une réparation donnée. Comme le juge Freeman l'a fait remarquer dans ses motifs dissidents en l'espèce, si le juge de première instance [TRADUCTION] « se méprenait sur le degré de coopération qu'il pouvait attendre des parties, il risquait l'échec » (par. 84). Le fait que la réussite ou l'échec de la réparation ait été tributaire des capacités d'un juge donne à réfléchir en soi. Selon nous, pour décider si une réparation est

reference to the remedy itself and not the particular capacities of a given judge to manage that remedy. More importantly, where a thorough *ex ante* assessment of a remedy reveals that it will certainly be inconsistent with basic legal principles and constitutional doctrines, such a remedy should not be considered appropriate. Available remedies that do not result in such breaches should, *a contrario*, be considered to be more appropriate.

The question of the relevant time frame for the inquiry into a remedy's appropriateness is tied to the more general question of remedial effectiveness. It is important to remember the context in which this Court considered the issue of effectiveness in *Dunedin, supra*. The issue was whether a justice of the peace acting as a trial justice under the Ontario *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, was a court of competent jurisdiction to direct an order for costs against the Crown for a *Charter* breach. The Court held that if provincial offences courts were deprived of this remedy, an accused may be denied access to a recognized means of remedying a *Charter* breach (para. 82).

In the present case, refusing superior courts the power to order reporting hearings clearly would not deny claimants' access to a recognized *Charter* remedy, as such an order is entirely idiosyncratic. More importantly, refusing superior courts this power would not deprive claimants of access to that which they are guaranteed by s. 23, namely, the timely provision of minority language instruction facilities. Indeed, if the appellants' characterization of the reporting hearings' purpose is correct, it is difficult to see how they could have been more effective than the construction deadline coupled with the possibility of a contempt order. In our view, the availability of this legal sanction for non-compliance with the order to meet the construction deadline would have provided at least as much incentive for the government to remedy the s. 23 breach as would have reporting hearings, in which the presiding judge was without the power to make further orders. Moreover, at the level of constitutional principle, because this incentive is legal in

convenable, il faut prendre en considération la réparation elle-même et non la capacité particulière d'un juge de la gérer. Qui plus est, une réparation ne doit pas être jugée convenable lorsqu'une évaluation *ex ante* approfondie permet de constater qu'elle violera sûrement des principes juridiques et constitutionnels fondamentaux. Par contre, les réparations possibles qui ne causent pas de telles violations doivent être jugées plus convenables.

Dans l'examen du caractère convenable d'une réparation, la question du délai requis pour la mise à exécution est liée à celle plus générale de l'efficacité de la mesure. Il importe de rappeler le contexte dans lequel notre Cour a examiné la question de l'efficacité dans l'arrêt *Dunedin*, précité. Il s'agissait de savoir si un juge de paix agissant en tant que juge du procès en vertu de la *Loi sur les infractions provinciales* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.33, était un tribunal compétent pour condamner la Couronne aux dépens en cas de violation de la *Charte*. La Cour a alors statué que, si le tribunal des infractions provinciales était privé de ce pouvoir, un accusé pourrait se voir refuser l'accès à un moyen reconnu de remédier à une violation de la *Charte* (par. 82).

En l'espèce, le refus de reconnaître aux cours supérieures le pouvoir d'ordonner la tenue d'auditions de comptes rendus n'empêcherait sûrement pas les demandeurs d'obtenir une réparation reconnue fondée sur la *Charte*, vu qu'une telle ordonnance est toujours taillée sur mesure. Qui plus est, nier ce pouvoir aux cours supérieures n'empêcherait pas pour autant les demandeurs de se prévaloir de ce que leur garantit l'art. 23, à savoir la fourniture en temps utile d'établissements d'enseignement dans la langue de la minorité. D'ailleurs, si la description que les appellants donnent de l'objet des auditions de comptes rendus est exacte, on voit difficilement comment ces auditions auraient pu être plus efficaces qu'un délai de construction assorti de la possibilité d'une ordonnance pour outrage au tribunal. À notre avis, la possibilité de se voir infliger cette sanction prévue par la loi en cas de non-respect de l'ordonnance enjoignant de respecter certains délais de construction aurait incité le gouvernement à remédier à la violation de l'art. 23 tout autant que des auditions de comptes

142

143

nature, it would not have led to the improper politicization of the relationship between the judiciary and the executive.

144 Also, it should be noted that the trial judge's order was not consistent with this Court's retention of jurisdiction in the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. Far from purporting to supervise compliance with a remedy, the Court in that case retained jurisdiction to ask for the government's assistance in fashioning it. The Court did not thereby exceed its constitutional role by purporting to oversee administrative action. The Court was ultimately respectful of the executive's capacity to make the policy choices necessary to comply with constitutional requirements.

## VII. Conclusion

145 In the result, the trial judge breached both a principle of procedural fairness and the constitutional principle of separation of powers, and it is not clear that alternative, less-intrusive remedial measures, would not have achieved the ends sought. While a trial judge's decisions with respect to remedies are owed deference, we believe that this must be tempered when fundamental legal principles are threatened. In light of these principles, and in the presence of untested alternative remedies, we would find that the present trial judge's retention of jurisdiction was not appropriate and just under s. 24(1). The Court of Appeal was correct in declaring that the order to retain jurisdiction for the purposes of reporting sessions was of no force and effect.

rendus dans le cadre desquelles le juge n'était pas habilité à rendre des ordonnances supplémentaires. En outre, sur le plan des principes constitutionnels, cette mesure incitative n'aurait pas, en raison de sa nature légale, politisé indûment les rapports entre les pouvoirs judiciaire et exécutif.

Il y a également lieu de souligner que l'ordonnance du juge de première instance n'est pas compatible avec la déclaration de compétence de notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Dans cette affaire, loin de prétendre superviser l'exécution d'une réparation, la Cour s'est déclarée compétente pour demander au gouvernement de l'aider à concevoir la réparation à accorder. Elle n'a donc pas outrepassé son rôle constitutionnel en prétendant superviser une action administrative. En fin de compte, la Cour a respecté la capacité de l'exécutif de faire les choix nécessaires pour se conformer aux exigences de la Constitution.

## VII. Conclusion

En définitive, le juge de première instance a violé à la fois un principe d'équité procédurale et le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, et il n'est pas évident que d'autres mesures réparatrices moins attentatoires auraient donné le résultat souhaité. Quoiqu'il soit nécessaire de faire montre de déférence à l'égard des décisions que les juges de première instance rendent en matière de réparation, nous croyons que l'application de cette règle doit être tempérée lorsque des principes de droit fondamentaux sont menacés. Compte tenu de ces principes et de l'existence d'autres réparations que le juge n'avait pas préalablement testées, nous estimons qu'en l'espèce la déclaration de compétence du juge de première instance n'était pas convenable et juste au sens du par. 24(1). La Cour d'appel a donc eu raison de juger inopérante l'ordonnance dans laquelle le juge de première instance s'est déclaré compétent pour procéder à des auditions de comptes rendus.

In closing, we recur to the underlying purpose of s. 24(1), by referring to a passage in *Mills, supra*, at pp. 952-53, in which McIntyre J. wrote:

To begin with, it must be recognized that the jurisdiction of the various courts of Canada is fixed by the Legislatures of the various provinces and by the Parliament of Canada. It is not for the judge to assign jurisdiction in respect of any matters to one court or another. This is wholly beyond the judicial reach. . . .

. . . The absence of jurisdictional provisions and directions in the *Charter* confirms the view that the *Charter* was not intended to turn the Canadian legal system upside down. What is required rather is that it be fitted into the existing scheme of Canadian legal procedure.

The proper development of the law of constitutional remedies requires that courts reconcile their duty to act within proper jurisdictional limits with the need to give full effect to the rights of a claimant. To read into s. 24(1) a judicial *carte blanche* would not only “turn the Canadian legal system upside down”, but would also be an injustice to the parties who come before the court to have their disputes resolved in accordance with basic legal principles. In our view, proper consideration of the principles of procedural fairness and the separation of powers is required to establish the requisite legitimacy and certainty essential to an appropriate and just remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

*Appeal allowed with costs, MAJOR, BINNIE, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Patterson Palmer, Halifax.*

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

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

En conclusion, nous revenons à l'objet sous-jacent du par. 24(1) en mentionnant un passage de l'arrêt *Mills*, précité, p. 952-953, où le juge McIntyre tient les propos suivants :

En premier lieu, on doit reconnaître que la compétence des différentes juridictions canadiennes est fixée par les législatures des provinces et par le Parlement du Canada. Il n'appartient nullement aux juges d'attribuer à tel ou tel tribunal compétence relativement à certaines questions. Cette fonction se trouve complètement en dehors du ressort des tribunaux . . .

. . . L'absence dans la *Charte* de dispositions et de directives touchant la compétence confirme le point de vue selon lequel celle-ci n'était pas censée provoquer le bouleversement du système judiciaire canadien. Au contraire, elle doit s'insérer dans le système actuel de la procédure judiciaire canadienne.

L'évolution harmonieuse du droit en matière de réparation fondée sur la Constitution exige que les tribunaux concilient leur obligation d'agir conformément à leur compétence juridictionnelle avec la nécessité d'assurer complètement le respect des droits du demandeur. Considérer que le par. 24(1) donne carte blanche aux tribunaux non seulement « provoquer[ait] le bouleversement du système judiciaire canadien », mais encore serait injuste pour les parties qui demandent aux tribunaux de régler leurs différends conformément à des principes de droit fondamentaux. À notre avis, pour respecter les exigences de légitimité et de certitude auxquelles est assujettie une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1) de la *Charte*, il faut dûment prendre en considération les principes d'équité procédurale et de la séparation des pouvoirs.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MAJOR, BINNIE, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.*

*Procureurs des appelants : Patterson Palmer, Halifax.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.*

*Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones: Patterson Palmer, Moncton.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération nationale des conseillères et conseillers scolaires francophones : Patterson Palmer, Moncton.*

*Solicitors for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc.: Balfour Moss, Regina.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de Common Law Inc. : Balfour Moss, Regina.*

*Solicitors for the intervener Conseil scolaire acadien provincial: Merrick Holm, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil scolaire acadien provincial : Merrick Holm, Halifax.*

**Canadian Union of Public Employees,  
Local 79 Appellant**

v.

**City of Toronto and Douglas C.  
Stanley Respondents**

and

**Attorney General of Ontario Intervener**

**INDEXED AS: TORONTO (CITY) v. C.U.P.E., LOCAL 79**

**Neutral citation: 2003 SCC 63.**

File No.: 28840.

2003: February 13; 2003: November 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Labour law — Arbitration — Dismissal without just cause — Evidence — Recreation instructor dismissed after being convicted of sexual assault — Conviction upheld on appeal — Arbitrator ruling that instructor had been dismissed without just cause — Whether union entitled to relitigate issue decided against employee in criminal proceedings — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 — Labour Relations Act, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48.*

*Judicial review — Standard of review — Labour arbitration — Recreation instructor dismissed after being convicted of sexual assault — Arbitrator ruling that instructor had been dismissed without just cause — Whether arbitrator entitled to revisit conviction — Whether correctness is appropriate standard of review — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 — Labour Relations Act, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48.*

O worked as a recreation instructor for the respondent City. He was charged with sexually assaulting a boy under his supervision. He pleaded not guilty. At trial before a judge alone, he testified and was cross-

**Syndicat canadien de la fonction publique,  
section locale 79 Appelant**

c.

**Ville de Toronto et Douglas C.  
Stanley Intimés**

et

**Procureur général de l'Ontario Intervenant**

**RÉPERTORIÉ : TORONTO (VILLE) c. S.C.F.P.,  
SECTION LOCALE 79**

**Référence neutre : 2003 CSC 63.**

N<sup>o</sup> du greffe : 28840.

2003 : 13 février; 2003 : 6 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

*Droit du travail — Arbitrage — Congédiement sans motif valable — Preuve — Instructeur en loisirs congédié après avoir été déclaré coupable d'agression sexuelle — Déclaration de culpabilité confirmée en appel — Arbitre ayant statué que l'instructeur avait été congédié sans motif valable — Le syndicat est-il habilité à remettre en cause une question tranchée à l'encontre de l'employé dans une instance criminelle? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 — Loi sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48.*

*Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage en relations du travail — Instructeur en loisirs congédié après avoir été déclaré coupable d'agression sexuelle — Arbitre ayant statué que l'instructeur avait été congédié sans motif valable — L'arbitre est-il habilité à revenir sur la déclaration de culpabilité? — La norme de contrôle appropriée est-elle celle de la décision correcte? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 — Loi sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48.*

O travaillait comme instructeur en loisirs pour la Ville intimée. Il a été accusé d'agression sexuelle contre un garçon confié à sa surveillance. Il a plaidé non coupable. Lors de son procès devant un juge seul, il a témoigné

examined. The trial judge found that the complainant was credible and that O was not. He entered a conviction, which was affirmed on appeal. The City fired O a few days after his conviction. O grieved the dismissal. At the arbitration hearing, the City submitted the complainant's testimony from the criminal trial and the notes of O's supervisor, who had spoken to the complainant at the time. The complainant was not called to testify. O testified, claiming that he had never sexually assaulted the boy. The arbitrator ruled that the criminal conviction was admissible evidence, but that it was not conclusive as to whether O had sexually assaulted the boy. No fresh evidence was introduced. The arbitrator held that the presumption raised by the criminal conviction had been rebutted, and that O had been dismissed without just cause. The Divisional Court quashed the arbitrator's ruling. The Court of Appeal upheld that decision.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: When asked to decide whether a criminal conviction, *prima facie* admissible in a proceeding under s. 22.1 of the *Ontario Evidence Act*, ought to be rebutted or taken as conclusive, courts will turn to the doctrine of abuse of process to ascertain whether relitigation would be detrimental to the adjudicative process. The doctrine engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would bring the administration of justice into disrepute. It has been applied to preclude relitigation in circumstances where the strict requirements of issue estoppel are not met, but where allowing litigation to proceed would nonetheless violate such principles as judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice. The motive of the party who seeks to relitigate, and the capacity in which he or she does so, cannot be decisive factors in the application of the bar against relitigation. What is improper is to attempt to impeach a judicial finding by the impermissible route of relitigation in a different forum. A proper focus on the process, rather than on the interests of a party, will reveal why relitigation should not be permitted. From the system's point of view, relitigation carries serious detrimental effects and should be avoided unless the circumstances dictate that relitigation is necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole. Casting doubt over the validity of a criminal conviction is a very serious matter. Collateral attacks and relitigation are not appropriate methods of redress since they inordinately tax the adjudicative process while doing nothing to ensure a more trustworthy

et a subi un contre-interrogatoire. Le juge du procès a conclu que le plaignant était crédible, contrairement à O. Il a rendu un verdict de culpabilité, qui a par la suite été confirmé en appel. La Ville a congédié O quelques jours après le prononcé du verdict. O a déposé un grief contestant son congédiement. À l'audition du grief, la Ville a déposé en preuve le témoignage que le plaignant avait donné lors du procès criminel ainsi que les notes du superviseur de O, lequel avait rencontré le plaignant à l'époque. Le plaignant n'a pas été cité comme témoin. O a témoigné, affirmant qu'il n'avait jamais agressé sexuellement le garçon. L'arbitre a statué que la déclaration de culpabilité était recevable en preuve, mais qu'elle ne constituait pas une preuve concluante que O s'était livré à une agression sexuelle sur le garçon. Aucune nouvelle preuve n'a été présentée. L'arbitre a conclu que la présomption née de la déclaration de culpabilité avait été repoussée, et que O avait été congédié sans motif valable. La Cour divisionnaire a annulé la décision de l'arbitre. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Lorsqu'ils doivent décider si une déclaration de culpabilité, recevable *prima facie* en vertu de l'art. 22.1 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, devrait être réfutée ou considérée comme concluante, les tribunaux font appel à la doctrine de l'abus de procédure pour déterminer si la remise en cause porterait atteinte au processus décisionnel judiciaire. La doctrine de l'abus de procédure fait intervenir le pouvoir inhérent du tribunal d'empêcher que sa procédure soit utilisée abusivement d'une manière qui aurait pour effet de discréditer l'administration de la justice. Elle a été appliquée pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences strictes de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'étaient pas remplies, mais où la réouverture aurait néanmoins porté atteinte aux principes d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice. La raison pour laquelle la partie cherche à rouvrir le débat, et le titre auquel elle le fait, ne sauraient constituer des facteurs décisifs pour l'application de la règle interdisant la remise en question. Ce qui n'est pas permis, c'est d'attaquer un jugement en tentant de soulever de nouveau la question devant un autre forum. C'est l'accent correctement mis sur le processus plutôt que sur l'intérêt des parties qui révèle pourquoi il ne devrait pas y avoir remise en cause. D'un point de vue systémique, la remise en cause s'accompagne de graves effets préjudiciables et il faut s'en garder à moins que des circonstances n'établissent qu'elle est, dans les faits, nécessaire à la crédibilité et à l'efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble. Mettre en



result. The common law doctrines of issue estoppel, collateral attack and abuse of process adequately capture the concerns that arise when finality in litigation must be balanced against fairness to a particular litigant. There is no need to endorse a self-standing and independent "principle of finality" as either a separate doctrine or as an independent test to preclude relitigation.

The appellant union was not entitled, either at common law or under statute, to relitigate the issue decided against the grievor in the criminal proceedings. The facts in this appeal point to the blatant abuse of process that results when relitigation of this sort is permitted. O was convicted in a criminal court and he exhausted all his avenues of appeal. In law, his conviction must stand, with all its consequent legal effects. There is nothing in this case that militates against the application of the doctrine of abuse of process to bar the relitigation of O's criminal conviction. The arbitrator was required as a matter of law to give full effect to the conviction. As a result of that error of law, the arbitrator reached a patently unreasonable conclusion. Properly understood in the light of correct legal principles, the evidence before the arbitrator could only lead him to conclude that the respondent City had established just cause for O's dismissal.

Issue estoppel has no application in this case since the requirement of mutuality of parties has not been met. With respect to the collateral attack doctrine, the appellant does not seek to overturn the sexual abuse conviction itself, but rather contest, for the purposes of a different claim with different legal consequences, whether the conviction was correct.

*Per LeBel and Deschamps JJ.:* As found by the majority, this case is appropriately decided on the basis of the doctrine of abuse of process, rather than the narrower and more technical doctrines of either collateral attack or issue estoppel. There was also agreement that the appropriate standard of review for the question of whether a criminal conviction may be relitigated in a grievance proceeding is correctness. This is a question of law involving the interpretation of the arbitrator's constituent statute,

doute la validité d'une déclaration de culpabilité est une action très grave. La contestation indirecte et la remise en cause ne constituent pas des moyens appropriés car elles imposent au processus juridictionnel des contraintes excessives et ne font rien pour garantir un résultat plus fiable. Les doctrines de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, de la contestation indirecte et de l'abus de procédure, reconnues en common law, répondent adéquatement aux préoccupations qui surgissent lorsqu'il faut pondérer le principe de l'irrévocabilité des jugements et celui de l'équité envers un justiciable particulier. Il n'est nul besoin d'ériger le principe de l'irrévocabilité en doctrine distincte ou critère indépendant pour interdire la remise en cause.

Le syndicat appellant n'était pas, en vertu de la common law ou d'une disposition législative, habilité à remettre en cause la question tranchée à l'encontre de l'employé dans l'instance criminelle. Les faits du présent pourvoi illustrent l'abus flagrant de procédure qui résulte de l'autorisation de ce type de remise en cause. O avait été déclaré coupable par un tribunal criminel et il avait épuisé toutes les voies d'appel. La déclaration de culpabilité était valide en droit, avec tous les effets juridiques en découlant. Il n'y a rien en l'espèce qui milite contre l'application de la doctrine de l'abus de procédure pour interdire la remise en cause de la déclaration de culpabilité de O. L'arbitre était juridiquement tenu de donner plein effet à la déclaration de culpabilité. L'erreur de droit qu'il a commise lui a fait tirer une conclusion manifestement déraisonnable. S'il avait bien compris la preuve et tenu compte des principes juridiques applicables, il n'aurait pu faire autrement que de conclure que la Ville intimée avait démontré l'existence d'un motif valable pour le congédiement de O.

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'applique pas en l'espèce étant donné que l'exigence de réciprocité n'a pas été remplie. En ce qui concerne la doctrine de la contestation indirecte, l'appelant ne cherche pas à faire infirmer la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, mais conteste simplement, dans le cadre d'une demande différente comportant des conséquences juridiques différentes, le bien-fondé de cette déclaration.

*Les juges LeBel et Deschamps :* Comme le concluent les juges majoritaires, il convient de régler ce pourvoi en fonction de la doctrine de l'abus de procédure, et non des doctrines plus restreintes et plus techniques de la contestation indirecte ou de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*). Il y a également accord avec l'opinion majoritaire selon laquelle, lorsqu'une déclaration de culpabilité est remise en cause dans le cadre d'une procédure de grief, la norme

an external statute, and a complex body of common law rules and conflicting jurisprudence dealing with relitigation, an issue at the heart of the administration of justice. The arbitrator's determination in this case that O's criminal conviction could indeed be relitigated during the grievance proceeding was incorrect. As a matter of law, the arbitrator was required to give full effect to O's conviction. His failure to do so was sufficient to render his ultimate decision that O had been dismissed without just cause — a decision squarely within the arbitrator's area of specialized expertise and thus reviewable on a deferential standard — patently unreasonable, according to the jurisprudence of the Court.

Because of growing concerns with the ways in which the standards of review currently available within the pragmatic and functional approach are conceived of and applied, the administrative law aspects of this case require further discussion. The patent unreasonableness standard does not currently provide sufficiently clear parameters for reviewing courts to apply in assessing the decisions of administrative adjudicators. Certain fundamental legal questions — for instance constitutional and human rights questions and those involving civil liberties, as well as other questions that are of central importance to the legal system as a whole, such as the issue of relitigation — typically fall to be decided on the correctness standard. Not all questions of law, however, must be reviewed under a standard of correctness. Resolving general legal questions may be an important component of the work of some administrative adjudicators. In many instances, the appropriate standard of review in respect of the application of general common or civil law rules by specialized adjudicators should not be one of correctness, but rather of reasonableness. If the general question of law is closely connected to the adjudicator's core area of expertise, the decision will typically be entitled to deference.

In reviewing a decision under the existing standard of patent unreasonableness, the court's role is not to identify the correct result. To pass a review for patent unreasonableness, a decision must be one that can be rationally supported. It would be wrong for a reviewing court to intervene in decisions that are incorrect, rather than limiting its intervention to those decisions that lack a rational foundation. If this occurs, the line between correctness on the one hand, and patent unreasonableness, on the other, becomes blurred. The boundaries between

de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Cette question de droit exigeait l'interprétation de la loi constitutive de l'arbitre, d'une loi non constitutive ainsi que d'un ensemble complexe de règles de common law et d'une jurisprudence contradictoire ayant trait à la remise en cause, question qui est au cœur de l'administration de la justice. La décision de l'arbitre qui permettrait de remettre la déclaration de culpabilité de O en cause pendant l'examen du grief n'était pas correcte. Légalement, l'arbitre devait donner pleinement effet à la déclaration de culpabilité de O. L'omission de le faire a suffi pour rendre la décision ultime portant que O avait été congédié sans motif valable — décision ressortissant entièrement au domaine d'expertise de l'arbitre et donc révisable selon une norme commandant la déférence — manifestement déraisonnable suivant la jurisprudence de la Cour.

En raison des préoccupations croissantes liées à la manière dont sont conçues et appliquées les normes de contrôle qu'offre actuellement l'analyse pragmatique et fonctionnelle, il est opportun d'approfondir l'analyse des aspects du pourvoi relevant du droit administratif. À l'heure actuelle, la norme de la décision manifestement déraisonnable n'offre pas aux cours de justice des paramètres suffisamment clairs pour contrôler les décisions des tribunaux administratifs. Certaines questions de droit fondamentales — notamment en ce qui concerne la Constitution et les droits de la personne, de même que les libertés civiles, ainsi que d'autres questions revêtant une importance centrale pour le système juridique dans son ensemble, comme celle de la remise en cause — commandent généralement l'application de la norme de la décision correcte. Toute décision sur une question de droit, cependant, n'est pas assujettie à la norme de la décision correcte. Le règlement de questions de droit générales peut constituer un aspect important de la tâche dévolue à certains tribunaux administratifs. Dans bien des cas, la norme de contrôle appropriée à l'application des règles générales de la common law ou du droit civil par un tribunal spécialisé ne devrait pas être la norme de la décision correcte mais plutôt celle de la décision raisonnable. Si la question de droit générale est étroitement liée au domaine d'expertise fondamentale du décideur, sa décision fera généralement l'objet de déférence.

La cour appelée à contrôler une décision selon la norme actuelle du manifestement déraisonnable n'a pas à déterminer la décision correcte. Pour résister à l'analyse selon la norme du manifestement déraisonnable, la décision doit avoir un fondement rationnel. La cour de révision aurait tort de modifier une décision incorrecte, et non seulement une décision sans fondement rationnel. Si cela se produit, la ligne de démarcation entre la norme de la décision correcte, d'une part, et la norme de la décision manifestement déraisonnable, d'autre part, s'obscurcit.

patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* are even less clear and approaches to sustain a workable distinction between them raise their own problems. In the end, the essential question remains the same under both standards: was the decision of the adjudicator taken in accordance with reason? In summary, the current framework exhibits several drawbacks. These include the conceptual and practical difficulties that flow from the overlap between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and the difficulty caused at times by the interplay between patent unreasonableness and correctness.

The role of a court in determining the standard of review is to be faithful to the intent of the legislature that empowered the administrative adjudicator to make the decision, as well as to the animating principle that, in a society governed by the rule of law, power is not to be exercised arbitrarily or capriciously. Judicial review on substantive grounds ensures that the decisions of administrative adjudicators are capable of rational justification; review on procedural grounds ensures that they are fair.

Administrative law has developed considerably over the last 25 years. This evolution, which reflects a strong sense of deference to administrative decision makers and an acknowledgment of the importance of their role, has given rise to some problems or concerns. It remains to be seen, in an appropriate case, what should be the solution to these difficulties. Should courts move to a two standard system of judicial review, correctness and a revised unified standard of reasonableness? Should we attempt to more clearly define the nature and scope of each standard or rethink their relationship and application? This is perhaps some of the work which lies ahead for courts, building on the developments of recent years as well as on the legal tradition which created the framework of the present law of judicial review.

### Cases Cited

By Arbour J.

**Referred to:** *Ontario v. O.P.S.E.U.*, [2003] 3 S.C.R. 149, 2003 SCC 64; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC

La frontière entre le caractère manifestement déraisonnable et le caractère raisonnable *simpliciter* est encore moins claire, et les tentatives pour établir une distinction valable entre elles comportent leurs propres difficultés. En fin de compte, la question essentielle demeure la même pour les deux normes : la décision du tribunal était-elle conforme à la raison? En résumé, le cadre actuel présente plusieurs inconvénients, dont les difficultés conceptuelles et pratiques découlant du chevauchement entre la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter*, de même que la difficulté résultant parfois de l'interaction entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte.

La cour appelée à déterminer la norme de contrôle doit rester fidèle à la volonté du législateur d'investir le tribunal administratif du pouvoir de rendre la décision. Elle doit en outre respecter le principe fondamental selon lequel, dans une société où prime le droit, le pouvoir ne doit pas être exercé de manière arbitraire. Le contrôle judiciaire axé sur le fond vise à déterminer si la décision du tribunal administratif peut se justifier rationnellement, et celui axé sur la procédure, si elle est équitable.

Le droit administratif a connu un développement considérable au cours des 25 dernières années. Cette évolution, qui témoigne d'une grande déférence envers les décideurs administratifs et reconnaît l'importance de leur rôle, a soulevé certaines difficultés ou préoccupations. Il restera à examiner, dans une affaire qui s'y prête, la solution qu'il conviendrait d'apporter à ces difficultés. Les tribunaux devraient-ils passer à un système de contrôle judiciaire comportant deux normes, celle de la décision correcte et une norme révisée et unifiée de raisonnablement? Devrions-nous tenter de définir plus clairement la nature et la portée de chaque norme ou repenser leur relation et leur application? Voilà peut-être une partie de la tâche qui attend les cours de justice : construire à partir de l'évolution récente tout en s'appuyant sur la tradition juridique qui a façonné le cadre des règles actuelles de droit en matière de contrôle judiciaire.

### Jurisprudence

Citée par la juge Arbour

**Arrêts mentionnés :** *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*, [2003] 3 R.C.S. 149, 2003 CSC 64; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O.*,

42; *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 249, aff'd (1984), 48 O.R. (2d) 266; *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529, aff'g *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283; *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44; *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322 (1979); *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Banks*, [1916] 2 K.B. 621; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21; *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481, rev'd [2002] 3 S.C.R. 307, 2002 SCC 63; *Franco v. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391; *Bomac Construction Ltd. v. Stevenson*, [1986] 5 W.W.R. 21; *Bjarnarson v. Government of Manitoba* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32, aff'd (1987), 21 C.P.C. (2d) 302; *R. v. McIlkenny* (1991), 93 Cr. App. R. 287; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *R. v. Bromley* (2001), 151 C.C.C. (3d) 480; *Q. v. Minto Management Ltd.* (1984), 46 O.R. (2d) 756; *Nigro v. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd.* (1977), 18 O.R. (2d) 215, aff'd (1978), 18 O.R. (2d) 714; *Germescheid v. Valois* (1989), 68 O.R. (2d) 670; *Simpson v. Geswein* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 49; *Roenisch v. Roenisch* (1991), 85 D.L.R. (4th) 540; *Saskatoon Credit Union, Ltd. v. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431; *Canadian Tire Corp. v. Summers* (1995), 23 O.R. (3d) 106.

By LeBel J.

**Referred to:** *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *Ontario v. O.P.S.E.U.*, [2003] 3 S.C.R. 149, 2003 SCC 64; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Miller v. Workers' Compensation Commission (Nfld.)* (1997), 154 Nfld. & P.E.I.R. 52; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

*section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 249, conf. par (1984), 48 O.R. (2d) 266; *Hunter c. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529, conf. *McIlkenny c. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283; *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44; *Parklane Hosiery Co. c. Shore*, 439 U.S. 322 (1979); *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. c. Banks*, [1916] 2 K.B. 621; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21; *Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481, inf. par [2002] 3 R.C.S. 307, 2002 CSC 63; *Franco c. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391; *Bomac Construction Ltd. c. Stevenson*, [1986] 5 W.W.R. 21; *Bjarnarson c. Government of Manitoba* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32, conf. par (1987), 21 C.P.C. (2d) 302; *R. c. McIlkenny* (1991), 93 Cr. App. R. 287; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *R. c. Bromley* (2001), 151 C.C.C. (3d) 480; *Q. c. Minto Management Ltd.* (1984), 46 O.R. (2d) 756; *Nigro c. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd.* (1977), 18 O.R. (2d) 215, conf. par (1978), 18 O.R. (2d) 714; *Germescheid c. Valois* (1989), 68 O.R. (2d) 670; *Simpson c. Geswein* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 49; *Roenisch c. Roenisch* (1991), 85 D.L.R. (4th) 540; *Saskatoon Credit Union, Ltd. c. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431; *Canadian Tire Corp. c. Summers* (1995), 23 O.R. (3d) 106.

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*, [2003] 3 R.C.S. 149, 2003 CSC 64; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Miller c. Workers' Compensation Commission (Nfld.)* (1997), 154 Nfld. & P.E.I.R. 52; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Pushpanathan*

[1998] 1 S.C.R. 982; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Macdonell v. Quebec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 S.C.R. 661, 2002 SCC 71; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Hao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 184 F.T.R. 246; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 [ad. 1995, c. 6, s. 6(3)].

*Labour Relations Act*, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(1).

### Authors Cited

Allars, Margaret. "On Deference to Tribunals, With Deference to Dworkin" (1994), 20 *Queen's L.J.* 163.

Comtois, Suzanne. *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle: Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

*c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 R.C.S. 661, 2002 CSC 71; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Hao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 296 (QL); *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés.*

*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(1).

*Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 [aj. 1995, ch. 6, art. 6(3)].

### Doctrine citée

Allars, Margaret. « On Deference to Tribunals, With Deference to Dworkin » (1994), 20 *Queen's L.J.* 163.

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*. Toronto : Barreau du Haut-Canada, 2000.

- Cowan, Jeff G. "The Standard of Review: The Common Sense Evolution?", paper presented to the Administrative Law Section Meeting, Ontario Bar Association, January 21, 2003.
- Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
- Elliott, David W. "Suresh and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Tailor?" (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 469.
- Evans, J. M., et al. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery, 1989.
- Falzon, Frank A. V. "Standard of Review on Judicial Review or Appeal", in *Administrative Justice Review Background Papers: Background Papers prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia*, June 2002.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 2, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
- Holloway, Ian. "'A Sacred Right': Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon" (1993), 22 *Man. L.J.* 28.
- Howard, M. N., Peter Crane and Daniel A. Hochberg. *Phipson on Evidence*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Jones, David Phillip. "Notes on *Dr. Q* and *Ryan*: Two More Decisions by the Supreme Court of Canada on the Standard of Review in Administrative Law", paper presented at the Canadian Institute for the Administration of Justice, Western Roundtable, Edmonton, April 25, 2003.
- Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2000.
- Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*. Toronto: Law Society of Upper Canada, 2000.
- Lovett, Deborah K. "That Curious Curial Deference Just Gets Curiouser and Curiouser — *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*" (1997), 55 *Advocate (B.C.)* 541.
- MacLauchlan, H. Wade. "Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 281.
- McLachlin, Beverley. "The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law" (1998-1999), 12 *C.J.A.L.P.* 171.
- Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Mullan, David J. "Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import
- Comtois, Suzanne. *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle : Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
- Cowan, Jeff G. « The Standard of Review : The Common Sense Evolution? », paper presented to the Administrative Law Section Meeting, Ontario Bar Association, 21 janvier, 2003.
- Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997, 279.
- Elliott, David W. « Suresh and the Common Borders of Administrative Law : Time for the Tailor? » (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 469.
- Evans, J. M., et al. *Administrative Law : Cases, Text, and Materials*, 3rd ed. Toronto : Emond Montgomery, 1989.
- Falzon, Frank A. V. « Standard of Review on Judicial Review or Appeal », in *Administrative Justice Review Background Papers : Background Papers prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia*, June 2002.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 2, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1996.
- Holloway, Ian. « "A Sacred Right" : Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon » (1993), 22 *R.D. Man.* 28.
- Howard, M. N., Peter Crane and Daniel A. Hochberg. *Phipson on Evidence*, 14th ed. London : Sweet & Maxwell, 1990.
- Jones, David Phillip. « Notes on *Dr. Q* and *Ryan* : Two More Decisions by the Supreme Court of Canada on the Standard of Review in Administrative Law », paper presented at the Canadian Institute for the Administration of Justice, Western Roundtable, Edmonton, April 25, 2003.
- Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2000.
- Lovett, Deborah K. « That Curious Curial Deference Just Gets Curiouser and Curiouser — *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* » (1997), 55 *Advocate (B.C.)* 541.
- MacLauchlan, H. Wade. « Transforming Administrative Law : The Didactic Role of the Supreme Court of Canada » (2001), 80 *R. du B. can.* 281.
- McLachlin, Beverley. « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998-1999), 12 *C.J.A.L.P.* 171.
- Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

- Tribunal) and Patent Unreasonableness Review” (1991), 45 Admin. L.R. 264.
- Mullan, David J. “Recent Developments in Standard of Review”, in *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
- Perell, Paul M. “Res Judicata and Abuse of Process” (2001), 24 *Advocates’ Q.* 189.
- Perrault, Gabrielle. *Le contrôle judiciaire des décisions de l’administration: De l’erreur juridictionnelle à la norme de contrôle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002.
- Sossin, Lorne. “Developments in Administrative Law: The 1997-98 and 1998-99 Terms” (2000), 11 *S.C.L.R.* (2d) 37.
- Sprague, James L. H. “Another View of Baker” (1999), 7 *Reid’s Administrative Law* 163.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Teplitsky, Martin. “Prior Criminal Convictions: Are They Conclusive Proof? An Arbitrator’s Perspective”, in K. Whitaker et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook 2001-2002*, vol. I. Toronto: Lancaster House, 2002, 279.
- Watson, Garry D. “Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality” (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623.
- Mullan, David J. « Of Chaff Midst the Corn : American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review » (1991), 45 Admin. L.R. 264.
- Mullan, David J. « Recent Developments in Standard of Review », in *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Association du Barreau canadien (Ontario), 20 octobre 2000.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.
- Perell Paul M. « Res Judicata and Abuse of Process » (2001), 24 *Advocates’ Q.* 189.
- Perrault, Gabrielle. *Le contrôle judiciaire des décisions de l’administration : De l’erreur juridictionnelle à la norme de contrôle*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002.
- Sossin, Lorne. « Developments in Administrative Law : The 1997-98 and 1998-99 Terms » (2000) 11 *S.C.L.R.* (2d) 37.
- Sprague, James L. H. « Another View of Baker » (1999), 7 *Reid’s Administrative Law* 163.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
- Teplitsky, Martin. “Prior Criminal Convictions : Are They Conclusive Proof? An Arbitrator’s Perspective”, in K. Whitaker et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook 2001-2002*, vol. I. Toronto : Lancaster House, 2002, 279.
- Watson, Garry D. « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 55 O.R. (3d) 541, 205 D.L.R. (4th) 280, 149 O.A.C. 213, 45 C.R. (5th) 354, 37 Admin. L.R. (3d) 40, 2002 CLLC ¶220-014, [2001] O.J. No. 3239 (QL), affirming a judgment of the Divisional Court (2000), 187 D.L.R. (4th) 323, 134 O.A.C. 48, 23 Admin. L.R. (3d) 72, 2000 CLLC ¶220-038, [2000] O.J. No. 1570 (QL). Appeal dismissed.

*Douglas J. Wray and Harold F. Caley*, for the appellant.

*Jason Hanson, Mahmud Jamal and Kari M. Abrams*, for the respondent the City of Toronto.

No one appeared for the respondent Douglas C. Stanley.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2001), 55 O.R. (3d) 541, 205 D.L.R. (4th) 280, 149 O.A.C. 213, 45 C.R. (5th) 354, 37 Admin. L.R. (3d) 40, 2002 CLLC ¶220-014, [2001] O.J. No. 3239 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour divisionnaire (2000), 187 D.L.R. (4th) 323, 134 O.A.C. 48, 23 Admin. L.R. (3d) 72, 2000 CLLC ¶220-038, [2000] O.J. No. 1570 (QL). Pourvoi rejeté.

*Douglas J. Wray et Harold F. Caley*, pour l’appellant.

*Jason Hanson, Mahmud Jamal et Kari M. Abrams*, pour l’intimée la Ville de Toronto.

Personne n’a comparu pour l’intimé Douglas C. Stanley.

*Sean Kearney, Mary Gersht and Meredith Brown,*  
for the intervener.

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

ARBOUR J. —

## I. Introduction

1 Can a person convicted of sexual assault, and  
dismissed from his employment as a result, be rein-  
stated by a labour arbitrator who concludes, on the  
evidence before him, that the sexual assault did not  
take place? This is essentially the issue raised in this  
appeal.

2 Like the Court of Appeal for Ontario and the  
Divisional Court, I have come to the conclusion that  
the arbitrator may not revisit the criminal conviction.  
Although my reasons differ somewhat from those of  
the courts below, I would dismiss the appeal.

## II. Facts

3 Glenn Oliver worked as a recreation instructor  
for the respondent City of Toronto. He was charged  
with sexually assaulting a boy under his supervision.  
He pleaded not guilty. At trial before a judge alone,  
he testified and was cross-examined. He called sev-  
eral defence witnesses, including character wit-  
nesses. The trial judge found that the complainant  
was credible and that Oliver was not. He entered a  
conviction, which was later affirmed on appeal. He  
sentenced Oliver to 15 months in jail, followed by  
one year of probation.

4 The respondent City of Toronto fired Oliver a few  
days after his conviction, and Oliver grieved his dis-  
missal. At the hearing, the City of Toronto submit-  
ted the boy's testimony from the criminal trial and  
the notes of Oliver's supervisor, who had spoken to  
the boy at the time. The City did not call the boy to

*Sean Kearney, Mary Gersht et Meredith Brown,*  
pour l'intervenant.

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

LA JUGE ARBOUR —

## I. Introduction

Une personne déclarée coupable d'agression  
sexuelle et congédiée par son employeur pour cette  
raison peut-elle être réintégrée dans ses fonctions  
par un arbitre qui conclut, eu égard à la preuve dont  
il dispose, qu'il n'y a pas eu d'agression sexuelle?  
C'est essentiellement la question que pose le présent  
pourvoi.

Comme la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour  
divisionnaire, je conclus qu'un arbitre ne peut réexa-  
miner une déclaration de culpabilité. Je suis donc  
d'avis de rejeter le pourvoi, bien que pour des motifs  
qui diffèrent quelque peu de ceux des juridictions  
inférieures.

## II. Les faits

Glenn Oliver travaillait comme instructeur en  
loisirs pour la Ville de Toronto, intimée en l'ins-  
tance. Il a été accusé d'agression sexuelle contre  
un jeune garçon confié à sa surveillance, et il a  
plaidé non coupable. Lors de son procès devant  
un juge seul, il a témoigné et a subi un contre-  
interrogatoire. Il a cité plusieurs témoins en  
défense, dont des témoins de moralité. Le juge du  
procès a conclu que le plaignant était crédible mais  
non Oliver. Il a rendu un verdict de culpabilité, qui  
a par la suite été confirmé en appel. Il a condamné  
Oliver à une peine d'emprisonnement de 15 mois  
et à un an de probation.

La Ville de Toronto intimée a congédié Oliver  
quelques jours après le prononcé du verdict, et  
Oliver a déposé un grief contestant son congédie-  
ment. À l'audition du grief, la Ville a déposé en  
preuve le témoignage que le jeune garçon avait  
donné lors du procès criminel ainsi que les notes du



testify. Oliver again testified on his own behalf and claimed that he had never sexually assaulted the boy.

The arbitrator ruled that the criminal conviction was admissible as *prima facie* but not conclusive evidence that Oliver had sexually assaulted the boy. No evidence of fraud nor any fresh evidence unavailable at trial was introduced in the arbitration. The arbitrator held that the presumption raised by the criminal conviction had been rebutted, and that Oliver had been dismissed without just cause.

### III. Procedural History

#### A. *Superior Court of Justice (Divisional Court)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 323

At Divisional Court the application for judicial review was granted and the decision of the arbitrator was quashed. The Divisional Court heard this case and *Ontario v. O.P.S.E.U.* at the same time. (*Ontario v. O.P.S.E.U.*, [2003] 3 S.C.R. 149, 2003 SCC 64, is being released concurrently by this Court.) O'Driscoll J. found that while s. 22.1 of the *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, applied to all the arbitrations, relitigation of the cases was barred by the doctrines of collateral attack, issue estoppel and abuse of process. The court noted that criminal convictions are valid judgments that cannot be collaterally attacked at a later arbitration (paras. 74-79). With respect to issue estoppel, under which an issue decided against a party is protected from collateral attack barring decisive new evidence or a showing of fraud, the court found that relitigation was also prevented, rejecting the appellant's argument that there had been no privity because the union, and not the grievor, had filed the grievance. The court also held that the doctrine of abuse of process, which denies a collateral attack upon a final decision of another court where the party had "a full opportunity of contesting the decision", applied (paras. 81 and 90). Finally, O'Driscoll J. found that whether the standard of review was correctness or patent unreasonableness in each

superviseur d'Oliver, lequel avait rencontré le jeune garçon à l'époque, mais elle n'a pas cité le garçon comme témoin. Encore une fois, Oliver a témoigné et a affirmé qu'il n'avait pas commis d'agression sexuelle contre le jeune garçon.

L'arbitre a déterminé que la déclaration de culpabilité était recevable à titre de preuve *prima facie* mais qu'elle ne constituait pas une preuve concluante qu'Oliver s'était livré à une agression sexuelle sur le garçon. On n'a présenté à l'audition aucune preuve de fraude ni aucun nouvel élément de preuve non disponible au procès. L'arbitre a conclu que la présomption née de la déclaration de culpabilité avait été repoussée et qu'Oliver avait été congédié sans motif valable.

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Cour supérieure de justice (Cour divisionnaire)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 323

La Cour divisionnaire a accueilli la demande de contrôle judiciaire et annulé la décision de l'arbitre. Elle a entendu cette affaire en même temps que l'affaire *Ontario c. S.E.E.F.P.O.* (*Ontario c. S.E.E.F.P.O.*, [2003] 3 R.C.S. 149, 2003 CSC 64, dont jugement est rendu simultanément par la Cour.) Le juge O'Driscoll a déterminé que bien que l'art. 22.1 de la *Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23, s'appliquât à tous les arbitrages, la remise en cause était interdite par les doctrines de la contestation indirecte, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) et de l'abus de procédure. Il a fait observer que les déclarations de culpabilité constituent des jugements valides qui ne peuvent faire l'objet de contestation indirecte dans le cadre d'un arbitrage subséquent (par. 74-79). Relativement à la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, en vertu de laquelle la décision rendue contre une partie est à l'abri des contestations indirectes à moins que de nouveaux éléments de preuve déterminants soient présentés ou que la fraude soit établie, le juge a statué qu'elle interdisait elle aussi la remise en cause, et il a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel il n'y avait pas de connexité d'intérêts parce que le syndicat, non l'employé, avait déposé le grief. Le juge a également statué que la doctrine de l'abus

5

6

case, the standard for judicial review had been met (para. 86).

B. *Court of Appeal for Ontario* (2001), 55 O.R. (3d) 541

7 Doherty J.A. for the court held that because the crux of the issue was whether the Canadian Union of Public Employees (CUPE or the union) was permitted to relitigate the issue decided in the criminal trial, and because this analysis “turned on [the arbitrator’s] understanding of the common law rules and principles governing the relitigation of issues finally decided in a previous judicial proceeding”, the appropriate standard of review was correctness (paras. 22 and 38).

8 Doherty J.A. concluded that issue estoppel did not apply. Even if the union was the employee’s privy, the respondent City of Toronto had played no role in the criminal proceeding and had no relationship to the Crown. He also found that describing the appellant union’s attempt to relitigate the employee’s culpability as a collateral attack on the order of the court did not assist in determining whether relitigation could be permitted. Commenting that the phrase “abuse of process” was perhaps best limited to describe those cases where the plaintiff has instigated litigation for some improper purpose, Doherty J.A. went on to consider what he called “the finality principle” in considerable depth.

9 Doherty J.A. dismissed the appeal on the basis of this principle. He held that the *res judicata* jurisprudence required a court to balance the importance of finality, which reduces uncertainty and inconsistency in results, and which serves to conserve the

de procédure, laquelle empêche la contestation indirecte de la décision d’un autre tribunal par une partie qui [TRADUCTION] « a eu l’entière possibilité de contester la décision », s’appliquait en l’espèce (par. 81 et 90). Enfin, le juge O’Driscoll a conclu que dans chaque cas il avait été satisfait à la norme de contrôle, qu’il s’agisse de la norme de la décision correcte ou de celle de la décision manifestement déraisonnable (par. 86).

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (2001), 55 O.R. (3d) 541

Rendant jugement pour la cour, le juge Doherty a statué que, comme il s’agissait essentiellement de déterminer si le Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP ou le syndicat) pouvait remettre en cause la question tranchée dans le procès criminel et que cette analyse [TRADUCTION] « reposait sur l’interprétation [par l’arbitre] des règles et principes de la common law relatifs à la remise en cause de questions ayant donné lieu à une décision définitive dans une instance antérieure », la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte (par. 22 et 38).

Le juge Doherty a conclu que la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne s’appliquait pas. Même s’il existait un lien de droit entre le syndicat et l’employé, la Ville de Toronto intimée n’avait joué aucun rôle dans le procès criminel et n’avait aucun lien avec le ministère public. Il a également conclu que pour déterminer si la remise en cause était permise, il n’était guère utile d’assimiler la tentative du syndicat appelant de débattre à nouveau de la culpabilité de l’employé à une contestation indirecte de l’ordonnance du tribunal. Puis, affirmant qu’il valait peut-être mieux limiter l’emploi des mots « abus de procédure » aux cas où les demandeurs engagent des poursuites judiciaires pour des motifs illégitimes, il a entrepris l’examen approfondi de ce qu’il a appelé [TRADUCTION] « le principe de l’irrévocabilité ».

Le juge Doherty a rejeté l’appel en se fondant sur ce principe. Il a statué que suivant la jurisprudence sur l’autorité de la chose jugée, les tribunaux devaient mettre en balance l’importance de l’irrévocabilité — qui réduit l’incertitude et les résultats

resources of both the parties and the judiciary, with the “search for justice in each individual case” (para. 94). Doherty J.A. held that the following approach should be taken when weighing finality claims against an individual litigant’s claim to access to justice (at para. 100):

- Does the *res judicata* doctrine apply?
- If the doctrine applies, can the party against whom it applies demonstrate that the justice of the individual case should trump finality concerns?
- If the doctrine does not apply, can the party seeking to preclude relitigation demonstrate that finality concerns should be given paramountcy over the claim that justice requires relitigation?

Ultimately, Doherty J.A. dismissed the appeal, concluding that “finality concerns must be given paramountcy over CUPE’s claim to an entitlement to relitigate Oliver’s culpability” (para. 102). He so concluded because there was no suggestion of fraud at the criminal trial, because the underlying charges were serious enough that the employee was likely to have litigated them to the fullest, and because there was no new evidence presented at arbitration (paras. 103-108).

#### IV. Relevant Statutory Provisions

*Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23

**22.1** (1) Proof that a person has been convicted or discharged anywhere in Canada of a crime is proof, in the absence of evidence to the contrary, that the crime was committed by the person, if,

- (a) no appeal of the conviction or discharge was taken and the time for an appeal has expired; or
- (b) an appeal of the conviction or discharge was taken but was dismissed or abandoned and no further appeal is available.

contradictoires tout en permettant d’économiser les ressources des parties et de l’appareil judiciaire — et [TRADUCTION] « la recherche de la justice dans chaque affaire » (par. 94). Il a exposé les questions auxquelles il fallait répondre lorsqu’il s’agit de pondérer la prétention à l’irrévocabilité et l’accès d’un justiciable particulier à la justice (au par. 100) :

[TRADUCTION]

- La doctrine de la chose jugée s’applique-t-elle?
- Si la doctrine s’applique, la partie contre qui elle s’applique peut-elle démontrer que la recherche de la justice devrait l’emporter sur le principe de l’irrévocabilité?
- Si la doctrine ne s’applique pas, la partie qui cherche à empêcher la remise en cause peut-elle démontrer que le principe de l’irrévocabilité devrait l’emporter sur la prétention voulant que la justice exige la remise en cause?

En fin de compte, le juge Doherty a rejeté l’appel, concluant que [TRADUCTION] « les considérations relatives à l’irrévocabilité doivent l’emporter sur le droit allégué du SCFP de remettre en cause la culpabilité d’Oliver » (par. 102). Il a tiré cette conclusion parce qu’il n’y avait pas eu d’allégation que le procès criminel était entaché de fraude, parce que les accusations en cause étant graves, il était probable que l’employé leur avait opposé la meilleure défense possible, et parce qu’aucun nouvel élément de preuve n’avait été présenté lors de l’arbitrage (par. 103-108).

#### IV. Les dispositions législatives applicables

*Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23

**22.1** (1) La preuve qu’une personne a été déclarée coupable ou libérée au Canada à l’égard d’un acte criminel constitue la preuve, en l’absence de preuve contraire, que l’acte criminel a été commis par la personne si, selon le cas :

- a) il n’a pas été interjeté appel de la déclaration de culpabilité ou de la libération et le délai d’appel est expiré;
- b) il a été interjeté appel de la déclaration de culpabilité ou de la libération, mais l’appel a été rejeté ou a fait l’objet d’un désistement et aucun autre appel n’est prévu.

(2) Subsection (1) applies whether or not the convicted or discharged person is a party to the proceeding.

(3) For the purposes of subsection (1), a certificate containing the substance and effect only, omitting the formal part, of the charge and of the conviction or discharge, purporting to be signed by the officer having the custody of the records of the court at which the offender was convicted or discharged, or by the deputy of the officer, is, on proof of the identity of the person named as convicted or discharged person in the certificate, sufficient evidence of the conviction or discharge of that person, without proof of the signature or of the official character of the person appearing to have signed the certificate.

*Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A*

48. (1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

## V. Analysis

### A. *Standard of Review*

12 My colleague LeBel J. discusses at length our jurisprudence on standards of review. He reviews concerns and criticisms about the three standard system of judicial review. Given that these issues were not argued before us in this case, and without the benefit of a full adversarial debate, I would not wish to comment on the desirability of a departure from our recently affirmed framework for standards of review analysis. (See this Court's unanimous decisions of *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, and *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20.)

13 The Court of Appeal properly applied the functional and pragmatic approach as delineated in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 (see also

(2) Le paragraphe (1) s'applique que la personne déclarée coupable ou libérée soit une partie à l'instance ou non.

(3) Pour l'application du paragraphe (1), un certificat énonçant seulement la substance et l'effet de l'accusation et de la déclaration de culpabilité ou de la libération, et omettant la partie de forme, qui se présente comme étant signé par l'officier ayant la garde des archives du tribunal qui a déclaré le contrevenant coupable ou qui l'a libéré, ou par son adjoint, constitue une preuve suffisante de la déclaration de culpabilité ou de la libération de la personne, une fois prouvé que la personne est bien celle désignée sur le certificat comme ayant été déclarée coupable ou libérée, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'authenticité de la signature ni la qualité officielle de la personne qui paraît être le signataire.

*Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A*

48. (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue violation de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a une matière à arbitrage.

## V. Analyse

### A. *La norme de contrôle*

Mon collègue le juge LeBel examine en détail la jurisprudence de notre Cour concernant les normes de contrôle. Il passe en revue les préoccupations et critiques que soulève le système de contrôle judiciaire à triple norme. Ces questions n'ayant pas été débattues devant nous en l'espèce et, sans l'éclairage qu'apporterait un véritable débat contradictoire sur ce point, je ne souhaite pas formuler de commentaires sur l'opportunité de s'écarter du cadre d'analyse des normes de contrôle que nous avons récemment réitéré. (Voir les arrêts unanimes de notre Cour *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, et *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20.)

La Cour d'appel a bien appliqué les principes de l'analyse pragmatique et fonctionnelle énoncés dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S.

*Dr. Q, supra*), to determine the extent to which the legislature intended that courts should review the tribunals' decisions.

Doherty J.A. was correct to acknowledge patent unreasonableness as the general standard of review of an arbitrator's decision as to whether just cause has been established in the discharge of an employee. However, and as he noted, the same standard of review does not necessarily apply to every ruling made by the arbitrator in the course of the arbitration. This follows the distinction drawn by Cory J. for the majority in *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, where he said, at para. 39:

It has been held on several occasions that the expert skill and knowledge which an arbitration board exercises in interpreting a collective agreement does not usually extend to the interpretation of "outside" legislation. The findings of a board pertaining to the interpretation of a statute or the common law are generally reviewable on a correctness standard. . . . An exception to this rule may occur where the external statute is intimately connected with the mandate of the tribunal and is encountered frequently as a result. [Emphasis added.]

In this case, the reasonableness of the arbitrator's decision to reinstate the grievor is predicated on the correctness of his assumption that he was not bound by the criminal conviction. That assumption rested on his analysis of complex common law rules and of conflicting jurisprudence. The body of law dealing with the relitigation of issues finally decided in previous judicial proceedings is not only complex; it is also at the heart of the administration of justice. Properly understood and applied, the doctrines of *res judicata* and abuse of process govern the interplay between different judicial decision makers. These rules and principles call for a judicial balance between finality, fairness, efficiency and authority of judicial decisions. The application of these rules, doctrines and principles is clearly outside the sphere of expertise of a labour arbitrator who may be called to have recourse to them. In such a case, he or she

982 (voir aussi *Dr Q*, précité), pour déterminer l'intention du législateur quant à l'étendue du contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs.

Le juge Doherty a correctement déterminé que la norme de la décision manifestement déraisonnable est la norme générale de contrôle applicable à la décision d'un arbitre sur la question de savoir si l'existence d'un motif valable de congédiement a été établie. Comme il l'a signalé, toutefois, les décisions que les arbitres ont à rendre au cours d'un arbitrage n'appellent pas nécessairement toutes la même norme de contrôle. Cette remarque va dans le sens de la distinction établie par le juge Cory, s'exprimant au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, où il a dit, au par. 39 :

Il a été statué à plusieurs reprises que les connaissances et l'expertise que possède un conseil d'arbitrage en matière d'interprétation d'une convention collective ne s'étendent habituellement pas à l'interprétation de mesures législatives extrinsèques. Les conclusions d'un conseil sur l'interprétation d'une loi ou de la common law peuvent généralement faire l'objet d'un examen selon la norme de la décision correcte. [ . . . ] Il peut y avoir dérogation à cette règle dans des cas où la loi est intimement liée au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l'examiner. [Je souligne.]

En l'espèce, le caractère raisonnable de la décision de l'arbitre de réintégrer l'employé dans ses fonctions dépend du bien-fondé de sa prémisse selon laquelle il n'était pas lié par la déclaration de culpabilité, prémisse qui reposait sur son analyse de règles complexes de common law et de décisions contradictoires. Le droit en matière de remise en cause de questions ayant fait l'objet de décisions judiciaires définitives antérieures n'est pas seulement complexe; il joue également un rôle central dans l'administration de la justice. Bien interprétées et bien appliquées, les doctrines de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure règlent les interactions entre les différents décideurs judiciaires. Ces règles et principes exigent des décideurs qu'ils réalisent un équilibre entre l'irrévocabilité, l'équité, l'efficacité et l'autorité des décisions judiciaires. L'application de ces règles, doctrines et principes

must correctly answer the question of law raised. An incorrect approach may be sufficient to lead to a patently unreasonable outcome. This was reiterated recently by Iacobucci J. in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, at para. 21.

16 Therefore I agree with the Court of Appeal that the arbitrator had to decide correctly whether CUPE was entitled, either at common law or under a statute, to relitigate the issue decided against the grievor in the criminal proceedings.

B. *Section 22.1 of Ontario's Evidence Act*

17 Section 22.1 of the Ontario *Evidence Act* is of limited assistance to the disposition of this appeal. It provides that proof that a person has been convicted of a crime is proof, "in the absence of evidence to the contrary", that the crime was committed by that person.

18 As Doherty J.A. correctly pointed out, at para. 42, s. 22.1 contemplates that the validity of a conviction may be challenged in a subsequent proceeding, but the section says nothing about the circumstances in which such challenge is or is not permissible. That issue is determined by the application of such common law doctrines as *res judicata*, issue estoppel, collateral attack and abuse of process. Section 22.1 speaks of the admissibility of the fact of the conviction as proof of the truth of its content, and speaks of its conclusive effect if unchallenged. As a rule of evidence, the section addresses in part the hearsay rule, by making the conviction — the finding of another court — admissible for the truth of its content, as an exception to the inadmissibility of hearsay (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3rd ed. 2002), at p. 120; *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at paras. 33-94 and 33-95).

échappe clairement au domaine d'expertise des arbitres du travail qui peuvent devoir y faire appel. Lorsque cela se produit, les arbitres doivent trancher correctement la question de droit posée. Une analyse incorrecte peut suffire à entraîner un résultat manifestement déraisonnable. Ces observations ont récemment été réitérées par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, par. 21.

La Cour d'appel avait donc raison, selon moi, de statuer que l'arbitre devait décider correctement si le SCFP était, en vertu de la common law ou d'une disposition législative, habilité à remettre en cause la question tranchée à l'encontre de l'employé dans l'instance criminelle.

B. *L'article 22.1 de la Loi sur la preuve de l'Ontario*

L'article 22.1 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario n'est pas d'un grand secours pour trancher le présent pourvoi. Il énonce que la preuve qu'une personne a été déclarée coupable d'un acte criminel fait preuve, « en l'absence de preuve contraire », que l'acte criminel a été commis par cette personne.

Comme le juge Doherty le souligne avec raison (au par. 42), l'art. 22.1 prévoit que la validité d'une déclaration de culpabilité peut être contestée dans une instance subséquente, mais il est muet sur les circonstances susceptibles de permettre ou non une telle contestation. Ce sont les doctrines de common law relatives à l'autorité de la chose jugée, à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, à la contestation indirecte et à l'abus de procédure qui règlent cette question. L'article 22.1 pose le principe de la recevabilité de la déclaration de culpabilité comme preuve de son contenu et établit son caractère probant en l'absence de réfutation. En tant que règle de preuve, cette disposition touche en partie au oui-dire, en ce qu'elle établit la recevabilité de la déclaration de culpabilité — la conclusion d'un autre tribunal — comme preuve de son contenu, par dérogation à la règle interdisant le oui-dire (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 2002), p. 120; *Phipson on Evidence* (14<sup>e</sup> éd. 1990), par. 33-94 et 33-95).

Here, however, the admissibility of the conviction is not in issue. Section 22.1 renders the proof of the conviction admissible. The question is whether it can be rebutted by “evidence to the contrary”. There are circumstances in which evidence will be admissible to rebut the presumption that the person convicted committed the crime, in particular where the conviction in issue is that of a non-party. There are also circumstances in which no such evidence may be tendered. If either issue estoppel or abuse of process bars the relitigation of the facts essential to the conviction, then no “evidence to the contrary” may be tendered to displace the effect of the conviction. In such a case, the conviction is conclusive that the person convicted committed the crime.

This interpretation is consistent with the rule of interpretation that legislation is presumed not to depart from general principles of law without an express indication to that effect. This presumption was reviewed and applied by Iacobucci J. in *Parry Sound*, *supra*, at para 39. Section 22.1 reflected the law established in the leading Canadian case of *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 249 (Ont. H.C.), at p. 264, *aff'd* (1984), 48 O.R. (2d) 266 (C.A.), wherein after a thorough review of Canadian and English jurisprudence, Osler J. held that a criminal conviction is admissible in subsequent civil litigation as *prima facie* proof that the convicted individual committed the alleged act, “subject to rebuttal by the plaintiff on the merits”. However, the common law also recognized that the presumption of guilt established by a conviction is rebuttable only where the rebuttal does not constitute an abuse of the process of the court (*Demeter* (H.C.), *supra*, at p. 265; *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.), at p. 541; see also *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1 (C.A.), at p. 22, *per Blair J.A.*). Section 22.1 does not change this; the legislature has not explicitly displaced the common law

En l'espèce, toutefois, la recevabilité de la déclaration de culpabilité n'est pas en cause : la déclaration de culpabilité est recevable en preuve en vertu de l'art. 22.1. Il faut cependant déterminer si elle peut être réfutée par une « preuve contraire ». Il y a des circonstances où des éléments de preuve visant à réfuter la présomption que la personne déclarée coupable a commis le crime sont recevables, en particulier lorsque la déclaration concerne une personne autre qu'une partie, mais il y a également des circonstances où la présentation de tels éléments de preuve n'est pas permise. Si la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou encore celle de l'abus de procédure interdisent la remise en cause des faits essentiels de la déclaration de culpabilité, aucune « preuve contraire » ne pourra en écarter l'effet. La déclaration de culpabilité constitue alors une preuve concluante que la personne qui y est visée a commis le crime.

Cette interprétation est conforme à la règle d'interprétation posant qu'en l'absence d'indication expresse au contraire la loi est présumée ne pas s'écarter des principes généraux de droit. Dans *Parry Sound*, précité, par. 39, le juge Iacobucci a analysé et appliqué cette présomption. L'article 22.1 codifie le principe établi dans la décision canadienne clé *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 249 (H.C. Ont.), p. 264, *conf. par* (1984), 48 O.R. (2d) 266 (C.A.), où après un examen approfondi de la jurisprudence canadienne et anglaise, le juge Osler a statué qu'une déclaration de culpabilité est recevable dans une instance civile subséquente comme preuve *prima facie* que la personne qui y est mentionnée a commis l'acte allégué, [TRADUCTION] « sous réserve de réfutation au fond ». Toutefois, la common law reconnaît également que la présomption de culpabilité établie par une déclaration de culpabilité ne peut être repoussée que lorsque la réfutation ne constitue pas un abus de procédure (*Demeter* (H.C.), précité, p. 265; *Hunter c. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.), p. 541; voir aussi *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1 (C.A.), p. 22, le juge Blair). L'article 22.1 ne change rien à cette situation; le législateur n'a pas explicitement écarté

doctrines and the rebuttal is consequently subject to them.

21 The question therefore is whether any doctrine precludes in this case the relitigation of the facts upon which the conviction rests.

### C. *The Common Law Doctrines*

22 Much consideration was given in the decisions below to the three related common law doctrines of issue estoppel, abuse of process and collateral attack. Each of these doctrines was considered as a possible means of preventing the union from relitigating the criminal conviction of the grievor before the arbitrator. Although both the Divisional Court and the Court of Appeal concluded that the union could not relitigate the guilt of the grievor as reflected in his criminal conviction, they took different views of the applicability of the different doctrines advanced in support of that conclusion. While the Divisional Court concluded that relitigation was barred by the collateral attack rule, issue estoppel and abuse of process, the Court of Appeal was of the view that none of these doctrines as they presently stand applied to bar the rebuttal. Rather, it relied on a self-standing “finality principle”. I think it is useful to disentangle these various rules and doctrines before turning to the applicable one here. I stress at the outset that these common law doctrines are interrelated and in many cases more than one doctrine may support a particular outcome. Even though both issue estoppel and collateral attacks may properly be viewed as particular applications of a broader doctrine of abuse of process, the three are not always entirely interchangeable.

#### (1) Issue Estoppel

23 Issue estoppel is a branch of *res judicata* (the other branch being cause of action estoppel), which precludes the relitigation of issues previously decided

les doctrines de common law et, par conséquent, la réfutation y est assujettie.

Il faut donc examiner si l'application d'une de ces doctrines interdit en l'espèce la remise en cause des faits qui fondent la déclaration de culpabilité.

### C. *Les doctrines de common law*

Les décisions des juridictions inférieures, en l'espèce, ont traité abondamment des trois doctrines de common law connexes que sont la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'abus de procédure et la contestation indirecte. On a vu dans chacune de ces doctrines un moyen possible d'empêcher le syndicat de remettre en cause devant l'arbitre la déclaration de culpabilité de l'employé. Bien que la Cour divisionnaire et la Cour d'appel aient toutes deux conclu que le syndicat ne pouvait débattre à nouveau de la culpabilité attestée par la condamnation, elles ont exprimé des vues divergentes sur l'applicabilité des différentes doctrines invoquées à l'appui de cette conclusion. La Cour divisionnaire s'est dite d'avis que la remise en cause était interdite par les doctrines de la contestation indirecte, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de l'abus de procédure, tandis que la Cour d'appel, estimant qu'aucune de ces doctrines ne pouvaient, dans l'état où elles se trouvent, avoir pour effet d'empêcher la réfutation, s'est plutôt appuyée sur le principe autonome de « l'irrévocabilité ». Je crois utile de démêler ces diverses règles et doctrines avant d'examiner celle qui s'applique en l'espèce. Je souligne d'entrée de jeu que ces doctrines de common law sont interreliées et que souvent plus d'une doctrine permettra d'arriver à un résultat particulier. Même si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et la contestation indirecte peuvent être toutes deux considérées comme des applications particulières de la doctrine plus large de l'abus de procédure, les trois ne sont pas toujours entièrement interchangeables.

#### (1) La préclusion découlant d'une question déjà tranchée

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée est un volet du principe de l'autorité de la chose jugée (l'autre étant la préclusion fondée



in court in another proceeding. For issue estoppel to be successfully invoked, three preconditions must be met: (1) the issue must be the same as the one decided in the prior decision; (2) the prior judicial decision must have been final; and (3) the parties to both proceedings must be the same, or their privies (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44, at para. 25, per Binnie J.). The final requirement, known as “mutuality”, has been largely abandoned in the United States and has been the subject of much academic and judicial debate there as well as in the United Kingdom and, to some extent, in this country. (See G. D. Watson, “Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality” (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623, at pp. 648-51.) In light of the different conclusions reached by the courts below on the applicability of issue estoppel, I think it is useful to examine that debate more closely.

The first two requirements of issue estoppel are met in this case. The final requirement of mutuality of parties has not been met. In the original criminal case, the *lis* was between Her Majesty the Queen in right of Canada and Glenn Oliver. In the arbitration, the parties were CUPE and the City of Toronto, Oliver’s employer. It is unnecessary to decide whether Oliver and CUPE should reasonably be viewed as privies for the purpose of the application of the mutuality requirement since it is clear that the Crown, acting as prosecutor in the criminal case, is not privy with the City of Toronto, nor would it be with a provincial, rather than a municipal, employer (as in the *Ontario v. O.P.S.E.U.* case, released concurrently).

There has been much academic criticism of the mutuality requirement of the doctrine of issue estoppel. In his article, Professor Watson, *supra*, argues that explicitly abolishing the mutuality requirement,

sur la cause d’action), qui interdit de soumettre à nouveau aux tribunaux des questions déjà tranchées dans une instance antérieure. Pour que le tribunal puisse accueillir la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, trois conditions préalables doivent être réunies : (1) la question doit être la même que celle qui a été tranchée dans la décision antérieure; (2) la décision judiciaire antérieure doit avoir été une décision finale; (3) les parties dans les deux instances doivent être les mêmes ou leurs ayants droit (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44, par. 25 (le juge Binnie)). La dernière exigence, à laquelle on a donné le nom de « réciprocité », a été largement abandonnée aux États-Unis et, dans ce pays ainsi qu’au Royaume-Uni, elle a suscité un ample débat en doctrine et en jurisprudence, comme elle l’a fait dans une certaine mesure ici (voir G. D. Watson, « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623, p. 648-651). Compte tenu des conclusions différentes tirées par les tribunaux inférieurs sur l’applicabilité de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, je crois utile d’examiner ce débat d’un peu plus près.

Les deux premières exigences de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont remplies en l’espèce. La dernière, celle de la réciprocité, ne l’est pas. Dans la poursuite criminelle initiale, le litige opposait Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Glenn Oliver. Dans l’arbitrage, les parties étaient le SCFP et la Ville de Toronto, l’employeur d’Oliver. Il n’est pas nécessaire, pour l’application de l’exigence de la réciprocité, de décider si l’on peut raisonnablement conclure à l’existence d’un rapport d’auteur à ayant droit entre Oliver et le SCFP, puisqu’il est clair qu’il n’en n’existe pas entre la Couronne, en sa qualité de poursuivant dans l’instance criminelle, et la Ville de Toronto, et qu’il n’y en aurait pas non plus s’il s’agissait d’un employeur provincial plutôt que municipal (comme dans le pourvoi connexe *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*).

De nombreux auteurs ont critiqué l’exigence de la réciprocité en matière de préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Dans son article, le professeur Watson, *loc. cit.*, soutient que l’abolition

as has been done in the United States, would both reduce confusion in the law and remove the possibility that a strict application of issue estoppel may work an injustice. The arguments made by him and others (see also D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000)), urging Canadian courts to abandon the mutuality requirement have been helpful in articulating a principled approach to the bar against relitigation. In my view, however, appropriate guidance is available in our law without the modification to the mutuality requirement that this case would necessitate.

26

In his very useful review of the abandonment of the mutuality requirement in the United States, Professor Watson, at p. 631, points out that mutuality was first relaxed when issue estoppel was used defensively:

The defensive use of non-mutual issue estoppel is straight forward. If P, having litigated an issue with D1 and lost, subsequently sues D2 raising the same issue, D2 can rely defensively on the issue estoppel arising from the former action, unless the first action did not provide a full and fair opportunity to litigate or other factors make it unfair or unwise to permit preclusion. The rationale is that P should not be allowed to relitigate an issue already lost by simply changing defendants . . . .

27

Professor Watson then exposes the additional difficulties that arise if the mutuality requirement is removed when issue estoppel is raised offensively, as was done by the United States Supreme Court in *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322 (1979). He describes the offensive use of non mutual issue estoppel as follows (at p. 631):

The power of this offensive non-mutual issue estoppel doctrine is illustrated by single event disaster cases, such as an airline crash. Assume P1 sues Airline for negligence in the operation of the aircraft and in that action Airline is found to have been negligent. Offensive non-mutual issue estoppel permits P2 through P20, etc., now to sue Airline and successfully plead issue estoppel on the question of the airline's negligence. The rationale is that if Airline fully and fairly litigated the issue of its negligence in action #1 it has had its day in court; it has had due

explicite de cette condition, comme aux États-Unis, réduirait la confusion juridique et supprimerait la possibilité que l'application stricte de la doctrine conduise à une injustice. Les arguments que cet auteur et d'autres (voir aussi D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000)) ont mis de l'avant pour exhorter les tribunaux canadiens à abandonner l'exigence de la réciprocité ont contribué à l'élaboration des principes fondant l'interdiction de la remise en cause. Je suis toutefois d'avis que notre droit comporte les outils appropriés et qu'il n'y a pas lieu de modifier l'exigence de la réciprocité, comme le nécessiterait la présente affaire.

Dans l'étude très éclairante qu'il a consacrée à l'abandon de l'exigence de la réciprocité aux États-Unis, le professeur Watson signale, à la p. 631, que la condition a d'abord cessé d'être exigée lorsque la préclusion était invoquée en défense :

[TRADUCTION] L'utilisation défensive de la préclusion lorsqu'il n'y a pas réciprocité est simple. Si P, n'ayant pas eu gain de cause dans une poursuite l'ayant opposé à D1, poursuit ensuite D2 pour la même question, D2 peut invoquer en défense la préclusion découlant de la précédente poursuite, à moins que l'instance n'ait pas offert l'entière possibilité de débattre équitablement de la question ou qu'en raison d'autres facteurs il soit injuste ou déraisonnable de permettre la préclusion. Le raisonnement est que P ne devrait pas être autorisé à intenter de nouveau un procès qu'il a déjà perdu simplement en changeant de défendeur . . . .

Le professeur Watson expose ensuite les difficultés qui surgissent si l'on abandonne l'exigence de la réciprocité lorsque la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est invoquée en demande, comme l'a fait la Cour suprême des États-Unis dans *Parklane Hosiery Co. c. Shore*, 439 U.S. 322 (1979). Il décrit ainsi l'utilisation offensive de la préclusion (à la p. 631) :

[TRADUCTION] La force de cette doctrine offensive de la préclusion sans exigence de réciprocité est illustrée par les instances afférentes à des désastres résultant d'une cause unique, comme un écrasement d'avion. Supposons que P1 poursuit le transporteur aérien pour négligence dans l'exploitation de l'appareil et que le tribunal lui donne raison. La préclusion offensive sans réciprocité permet alors à une succession de P de poursuivre le transporteur et de plaider que la question de la négligence a déjà été tranchée. Cela, parce que si le transporteur aérien

process and it should not be permitted to re-litigate the negligence issue. However, the court in *Parklane* realized that in order to ensure fairness in the operation of offensive non-mutual issue estoppel the doctrine has to be subject to qualifications.

Properly understood, our case could be viewed as falling under this second category — what would be described in U.S. law as “non-mutual offensive preclusion”. Although technically speaking the City of Toronto is not the “plaintiff” in the arbitration proceedings, the City wishes to take advantage of the conviction obtained by the Crown against Oliver in a different, prior proceeding to which the City was not a party. It wishes to preclude Oliver from re-litigating an issue that he fought and lost in the criminal forum. U.S. law acknowledges the peculiar difficulties with offensive use of non-mutual estoppel. Professor Watson explains, at pp. 632-33:

First, the court acknowledged that the effects of non-mutuality differ depending on whether issue estoppel is used offensively or defensively. While defensive preclusion helps to reduce litigation offensive preclusion, by contrast, encourages potential plaintiffs not to join in the first action. “Since a plaintiff will be able to rely on a previous judgment against a defendant but will not be bound by that judgment if the defendant wins, the plaintiff has every incentive to adopt a ‘wait and see’ attitude, in the hope that the first action by another plaintiff will result in a favorable judgment”. Thus, without some limit, non-mutual offensive preclusion would increase rather than decrease the total amount of litigation. To meet this problem the *Parklane* court held that preclusion should be denied in action #2 “where a plaintiff could easily have joined in the earlier action”.

Second, the court recognized that in some circumstances to permit non-mutual preclusion “would be unfair to the defendant” and the court referred to specific situations of unfairness: (a) the defendant may have had little incentive to defend vigorously the first action, that

a équitablement pu opposer une défense entière à l’allégation de négligence dans la poursuite n° 1, il a eu la possibilité d’être entendu, il a bénéficié de l’application régulière de la loi et ne devrait pas être autorisé à remettre en cause la question de la négligence. Dans *Parklane*, la cour s’est toutefois rendu compte que pour statuer en toute équité sur l’utilisation offensive de la préclusion sans exigence de réciprocité, il fallait apporter des réserves à la doctrine.

Ainsi comprise, la présente espèce pourrait être classée dans la seconde catégorie — ce qu’en droit américain on appellerait la [TRADUCTION] « préclusion offensive sans exigence de réciprocité ». En effet, bien que strictement parlant la Ville de Toronto ne soit pas « en demande » dans l’arbitrage, elle cherche à bénéficier de la déclaration de culpabilité que le ministère public a obtenue contre Oliver dans une poursuite distincte antérieure à laquelle la Ville n’était pas partie. Elle souhaite empêcher Oliver de débattre à nouveau d’une question qu’il a contestée au cours de la poursuite criminelle et sur laquelle il n’a pas eu gain de cause. Le droit américain reconnaît les difficultés particulières que pose cette catégorie. Le professeur Watson explique ce qui suit aux p. 632-633 :

[TRADUCTION] Premièrement, la cour a reconnu que la disparition de l’exigence de la réciprocité entraînait des effets différents selon que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée était invoquée en demande ou en défense. Lorsque le moyen est invoqué en défense, il contribue à limiter les litiges, mais invoqué en demande, il encourage plutôt les demandeurs potentiels à ne pas prendre part à la première action. « Puisqu’un demandeur peut invoquer un jugement antérieur prononcé contre un défendeur, mais qu’il n’est pas lié par un jugement antérieur donnant gain de cause au défendeur, il sera plus enclin à opter pour l’attentisme dans l’espoir que la première action intentée par un autre demandeur produira un jugement favorable. » Si le moyen n’est pas assorti de limites, la préclusion offensive sans exigence de réciprocité risque donc d’accroître et non de réduire le nombre de litiges. Pour résoudre ce problème, la cour a statué, dans *Parklane*, qu’il conviendrait de rejeter la préclusion dans l’action n° 2 « lorsqu’un demandeur aurait aisément pu se joindre à l’action antérieure ».

Deuxièmement, la cour a reconnu que dans certaines circonstances, « il serait injuste pour le défendeur » de recevoir la préclusion sans exigence de réciprocité, et elle a donné des exemples de situations inéquitables : a) il est possible que la partie défenderesse n’ait pas été très

is, if she was sued for small or nominal damages, particularly if future suits were not foreseeable; (b) offensive preclusion may be unfair if the judgment relied upon as a basis for estoppel is itself inconsistent with one or more previous judgments in favour of the defendant; or (c) the second action affords to the defendant procedural opportunities unavailable in the first action that could readily result in a different outcome, that is, where the defendant in the first action was forced to defend in an inconvenient forum and was unable to call witnesses, or where in the first action much more limited discovery was available to the defendant than in the second action.

In the final analysis the court declared that the general rule should be that in cases where a plaintiff could easily have joined in the earlier action or where, either for the reasons discussed or for other reasons, the application of offensive estoppel would be unfair to the defendant, a trial judge should not allow the use of offensive collateral estoppel.

29

It is clear from the above that American non-mutual issue estoppel is not a mechanical, self-applying rule as evidenced by the discretionary elements which may militate against granting the estoppel. What emerges from the American experience with the abandonment of mutuality is a twofold concern: (1) the application of the estoppel must be sufficiently principled and predictable to promote efficiency; and (2) it must contain sufficient flexibility to prevent unfairness. In my view, this is what the doctrine of abuse of process offers, particularly, as here, where the issue involves a conviction in a criminal court for a serious crime. In a case such as this one, the true concerns are not primarily related to mutuality. The true concerns, well reflected in the reasons of the Court of Appeal, are with the integrity and the coherence of the administration of justice. This will often be the case when the estoppel originates from a finding made in a criminal case where many of the traditional concerns related to mutuality lose their significance.

30

For example, there is little relevance to the concern about the “wait and see” plaintiff, the “free

motivée à présenter une défense vigoureuse à la première action si, par exemple, le montant de dommages-intérêts réclamé était minime ou symbolique, en particulier s’il était peu prévisible que des actions subséquentes soient intentées, b) la préclusion en demande peut être injuste si le jugement invoqué est lui-même incompatible avec un ou plusieurs jugements antérieurs rendus en faveur de la partie défenderesse, c) la deuxième action offre à la partie défenderesse des moyens procéduraux dont elle ne disposait pas dans la première et qui pourraient facilement entraîner un résultat différent, par exemple lorsque la partie défenderesse a dû présenter sa défense devant un forum peu propice où elle ne pouvait citer de témoins ou lorsqu’elle jouissait de possibilités beaucoup moindres de communication de la preuve dans la première action.

En définitive, la cour a statué qu’en règle générale les affaires où un demandeur aurait facilement pu se porter codemandeur à la première action ou lorsque, pour les raisons susmentionnées ou pour d’autres, l’application du moyen en demande serait injuste pour la partie défenderesse, le juge de première instance ne devrait pas autoriser le recours à la préclusion offensive.

Il ressort clairement du passage précédent que la doctrine américaine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, sans exigence de réciprocité, n’est pas d’application automatique, comme le démontrent les éléments discrétionnaires susceptibles d’entraîner le rejet de ce moyen. L’expérience américaine indique que l’abandon de l’exigence de la réciprocité suscite une double préoccupation : (1) l’application de la préclusion doit être suffisamment encadrée et prévisible pour assurer l’efficacité, et (2) elle doit comporter assez de souplesse pour empêcher les injustices. Selon moi, c’est ce qu’offre la doctrine de l’abus de procédure, en particulier dans des affaires mettant en cause une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel grave, comme la présente espèce. Dans de tels cas, les véritables préoccupations, que la Cour d’appel a exposées avec justesse dans ses motifs, ne se rattachent pas tant à la réciprocité qu’à l’intégrité et à la cohérence de l’administration de la justice. Ce sera souvent le cas lorsque la préclusion reposera sur une conclusion prononcée en matière criminelle où beaucoup des préoccupations traditionnelles relatives à la réciprocité perdent de leur importance.

Par exemple, la notion du demandeur « attentiste » et « opportuniste » qui évite délibérément

“rider” who will deliberately avoid the risk of joining the original litigation, but will later come forward to reap the benefits of the victory obtained by the party who should have been his co-plaintiff. No such concern can ever arise when the original action is in a criminal prosecution. Victims cannot, even if they wanted to, “join in” the prosecution so as to have their civil claim against the accused disposed of in a single trial. Nor can employers “join in” the criminal prosecution to have their employee dismissed for cause.

On the other hand, even though no one can join the prosecution, the prosecutor as a party represents the public interest. He or she represents a collective interest in the just and correct outcome of the case. The prosecutor is said to be a minister of justice who has nothing to win or lose from the outcome of the case but who must ensure that a just and true verdict is rendered. (See Law Society of Upper Canada, *Rules of Professional Conduct* (2000), Commentary Rule 4.01(3), at p. 61; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, at pp. 256-57, *per* Cartwright J.; and *R. v. Banks*, [1916] 2 K.B. 621 (C.C.A.), at p. 623.) The mutuality requirement of the doctrine of issue estoppel, which insists that only the Crown and its privies be precluded from relitigating the guilt of the accused, is hardly reflective of the true role of the prosecutor.

As the present case illustrates, the primary concerns here are about the integrity of the criminal process and the increased authority of a criminal verdict, rather than some of the more traditional issue estoppel concerns that focus on the interests of the parties, such as costs and multiple “vexation”. For these reasons, I see no need to reverse or relax the long-standing application of the mutuality requirement in this case and I would conclude that issue estoppel has no application. I now turn to the question of whether the decision of the

de prendre le risque de se joindre à la poursuite initiale mais qui cherche plus tard à profiter de la victoire obtenue par la partie qui aurait dû être sa codemanderesse, a peu de pertinence. Il n’y a pas lieu de craindre que cela se produise lorsque la première instance est une poursuite criminelle. Même si elles le voulaient, les victimes ne pourraient se porter partie à la poursuite criminelle de façon à ce que leur action civile contre l’accusé soit jugée dans un même procès. Les employeurs ne sont pas admis non plus à participer à la poursuite criminelle pour que leur employé soit par la même occasion congédié pour motif valable.

Par contre, malgré le fait que personne ne peut se joindre à la poursuite criminelle, le poursuivant, en tant que partie, représente l’intérêt public. Il représente un intérêt collectif dans le règlement juste et régulier de la poursuite. On le considère comme un ministre de la justice qui n’a rien à gagner ni à perdre dans l’issue des procès mais qui doit veiller à ce que les tribunaux rendent des verdicts justes et bien fondés. (Voir Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie* (2000), règle 4.01(3) et le commentaire afférent, p. 62; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, p. 256-257, le juge Cartwright; et *R. c. Banks*, [1916] 2 K.B. 621 (C.C.A.), p. 623.) L’exigence de réciprocité de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, qui veut que seul le ministère public et ses ayants droit soient irrecevables à remettre en cause la culpabilité de l’accusé, ne rend guère compte du vrai rôle du poursuivant.

Comme l’illustre la présente espèce, ce sont l’intégrité du système de justice criminel et l’autorité accrue du verdict de culpabilité qui sont les considérations primordiales, et non certaines des préoccupations plus traditionnelles de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée où l’accent est mis sur les intérêts des parties, comme les dépens et les « incidents vexatoires » multiples. Pour ces motifs, il n’y a à mon sens aucune nécessité en l’espèce de supprimer ou d’assouplir l’exigence de la réciprocité, établie depuis longtemps, et je concluais que

31

32

arbitrator amounted to a collateral attack on the verdict of the criminal court.

## (2) Collateral Attack

33

The rule against collateral attack bars actions to overturn convictions when those actions take place in the wrong forum. As stated in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599, the rule against collateral attack

has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked collaterally — and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment.

Thus, in *Wilson, supra*, the Court held that an inferior court judge was without jurisdiction to pass on the validity of a wiretap authorized by a superior court. Other cases that form the basis for this rule similarly involve attempts to overturn decisions in other fora, and not simply to relitigate their facts. In *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223, at para. 35, this Court held that a prisoner's *habeas corpus* attack on a conviction under a law later declared unconstitutional must fail under the rule against collateral attack because the prisoner was no longer "in the system" and because he was "in custody pursuant to the judgment of a court of competent jurisdiction". Similarly, in *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, this Court held that a mine owner who had chosen to ignore an administrative appeals process for a pollution fine was barred from contesting the validity of that fine in court because the legislation directed appeals to an appellate administrative body, not to the courts. Binnie J. described the rule against collateral attack in *Danyluk, supra*, at para. 20, as follows: "that a judicial order pronounced by a court of competent jurisdiction should not be brought into question in

la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'est pas applicable. Se pose maintenant la question de savoir si la décision de l'arbitre équivalait à une contestation indirecte du verdict du tribunal criminel.

## (2) La contestation indirecte

La règle interdisant les contestations indirectes rend irrecevables les actions visant l'infirmité de déclarations de culpabilité par des tribunaux n'ayant pas compétence en cette matière. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 599, cette règle est

un principe fondamental établi depuis longtemps [selon lequel] une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement.

Ainsi, la Cour a jugé, dans *Wilson*, précité, qu'un juge d'une juridiction inférieure n'avait pas compétence pour examiner la validité d'une autorisation d'écoute électronique délivrée par une cour supérieure. D'autres décisions jurisprudentielles constituant l'assise de cette règle avaient aussi pour contexte des tentatives de faire infirmer des décisions d'autres tribunaux et non une simple remise en cause des faits de l'espèce. Dans *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223, par. 35, notre Cour a statué qu'en raison de la règle interdisant les contestations indirectes, le recours en *habeas corpus* par lequel un détenu contestait une déclaration de culpabilité fondée sur une disposition législative subséquemment jugée inconstitutionnelle ne pouvait être accueilli parce que l'affaire du détenu n'était plus « en cours » et que celui-ci « était détenu conformément au jugement d'un tribunal compétent ». De la même façon, la Cour a jugé, dans l'arrêt *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, que le propriétaire d'une mine qui avait décidé de ne pas suivre le processus administratif d'appel applicable relativement à une amende pour pollution n'était pas admis à contester la validité de la

subsequent proceedings except those provided by law for the express purpose of attacking it” (emphasis added).

Each of these cases concerns the appropriate forum for collateral attacks upon the judgment itself. However, in the case at bar, the union does not seek to overturn the sexual abuse conviction itself, but simply contest, for the purposes of a different claim with different legal consequences, whether the conviction was correct. It is an implicit attack on the correctness of the factual basis of the decision, not a contest about whether that decision has legal force, as clearly it does. Prohibited “collateral attacks” are abuses of the court’s process. However, in light of the focus of the collateral attack rule on attacking the order itself and its legal effect, I believe that the better approach here is to go directly to the doctrine of abuse of process.

### (3) Abuse of Process

Judges have an inherent and residual discretion to prevent an abuse of the court’s process. This concept of abuse of process was described at common law as proceedings “unfair to the point that they are contrary to the interest of justice” (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616), and as “oppressive treatment” (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667). McLachlin J. (as she then was) expressed it this way in *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1007:

... abuse of process may be established where: (1) the proceedings are oppressive or vexatious; and, (2) violate the fundamental principles of justice underlying the community’s sense of fair play and decency. The concepts of

pénalité devant un tribunal judiciaire parce que la loi prévoyait que les appels étaient entendus par un tribunal administratif. Dans l’arrêt *Danyluk*, précité, par. 20, le juge Binnie a défini la règle prohibant les contestations indirectes comme « la règle selon laquelle l’ordonnance rendue par un tribunal compétent ne doit pas être remise en cause dans des procédures subséquentes, sauf celles prévues par la loi dans le but exprès de contester l’ordonnance » (je souligne).

Chacune des affaires susmentionnées soulève la question du tribunal compétent pour connaître de contestations relatives au jugement lui-même. En l’espèce, toutefois, le syndicat ne cherche pas à faire infirmer la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, mais conteste simplement, dans le cadre d’une demande différente comportant des conséquences juridiques différentes, le bien-fondé de cette déclaration. Il s’agit d’une attaque implicite du bien-fondé factuel de la décision, non pas de la contestation de la validité juridique de celle-ci, puisqu’elle est manifestement valide. Les « contestations indirectes » prohibées constituent un abus du processus judiciaire. Or, comme la règle qui prohibe les contestations indirectes met l’accent sur la contestation de l’ordonnance elle-même et de ses effets juridiques, la meilleure façon d’aborder la question en l’espèce me paraît être de recourir directement à la doctrine de l’abus de procédure.

### (3) L’abus de procédure

Les juges disposent, pour empêcher les abus de procédure, d’un pouvoir discrétionnaire résiduel inhérent. L’abus de procédure a été décrit, en common law, comme consistant en des procédures « injustes au point qu’elles sont contraires à l’intérêt de la justice » (*R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616) et en un traitement « oppressif » (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667). La juge McLachlin (plus tard Juge en chef) l’a défini de la façon suivante dans l’arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 1007 :

... l’abus de procédure peut avoir lieu si : (1) les procédures sont oppressives ou vexatoires; et (2) elles violent les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l’équité et de la décence de la société. La première

oppressiveness and vexatiousness underline the interest of the accused in a fair trial. But the doctrine evokes as well the public interest in a fair and just trial process and the proper administration of justice.

36

The doctrine of abuse of process is used in a variety of legal contexts. The unfair or oppressive treatment of an accused may disentitle the Crown to carry on with the prosecution of a charge: *Conway, supra*, at p. 1667. In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, this Court held that unreasonable delay causing serious prejudice could amount to an abuse of process. When the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies, the common law doctrine of abuse of process is subsumed into the principles of the *Charter* such that there is often overlap between abuse of process and constitutional remedies (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411). The doctrine nonetheless continues to have application as a non-*Charter* remedy: *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21, at para. 33.

37

In the context that interests us here, the doctrine of abuse of process engages “the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would . . . bring the administration of justice into disrepute” (*Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 55, *per* Goudge J.A., dissenting (approved [2002] 3 S.C.R. 307, 2002 SCC 63)). Goudge J.A. expanded on that concept in the following terms at paras. 55-56:

The doctrine of abuse of process engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute. It is a flexible doctrine unencumbered by the specific requirements of concepts such as issue estoppel. See *House of Spring Gardens Ltd. v. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347 at p. 358, [1990] 2 All E.R. 990 (C.A.).

condition, à savoir que les poursuites sont oppressives ou vexatoires, se rapporte au droit de l'accusé d'avoir un procès équitable. Cependant, la notion fait aussi appel à l'intérêt du public à un régime de procès justes et équitables et à la bonne administration de la justice.

La doctrine de l'abus de procédure s'applique dans des contextes juridiques divers. Le traitement injuste ou oppressif d'un accusé peut priver le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à une accusation : *Conway*, précité, p. 1667. Dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, notre Cour a statué qu'un délai déraisonnable causant un préjudice grave peut constituer un abus de procédure. Lorsque la *Charte canadienne des droits et libertés* est invoquée, la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law est subsumée sous les principes de la *Charte* de telle sorte que les principes de l'abus de procédure et les recours constitutionnels empiètent souvent les uns sur les autres (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411). La doctrine continue néanmoins de trouver application comme réparation non fondée sur la *Charte* : *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21, par. 33.

Dans le contexte qui nous intéresse, la doctrine de l'abus de procédure fait intervenir [TRADUCTION] « le pouvoir inhérent du tribunal d'empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d'une manière [. . .] qui aurait [. . .] pour effet de discréditer l'administration de la justice » (*Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 55, le juge Goudge, dissident, approuvé par [2002] 3 R.C.S. 307, 2002 CSC 63). Le juge Goudge a développé la notion de la façon suivante aux par. 55 et 56 :

[TRADUCTION] La doctrine de l'abus de procédure engage le pouvoir inhérent du tribunal d'empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d'une manière qui serait manifestement injuste envers une partie au litige, ou qui aurait autrement pour effet de discréditer l'administration de la justice. C'est une doctrine souple qui ne s'encombre pas d'exigences particulières telles que la notion d'irrecevabilité (voir *House of Spring Gardens Ltd. c. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347, p. 358, [1990] 2 All E.R. 990 (C.A.)).



One circumstance in which abuse of process has been applied is where the litigation before the court is found to be in essence an attempt to relitigate a claim which the court has already determined. [Emphasis added.]

As Goudge J.A.'s comments indicate, Canadian courts have applied the doctrine of abuse of process to preclude relitigation in circumstances where the strict requirements of issue estoppel (typically the privity/mutuality requirements) are not met, but where allowing the litigation to proceed would nonetheless violate principles as judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice. (See, for example, *Franco v. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391 (C.A.); *Bomac Construction Ltd. v. Stevenson*, [1986] 5 W.W.R. 21 (Sask. C.A.); and *Bjarnarson v. Government of Manitoba* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32 (Man. Q.B.), *aff'd* (1987), 21 C.P.C. (2d) 302 (Man. C.A.)) This has resulted in some criticism, on the ground that the doctrine of abuse of process by relitigation is in effect non-mutual issue estoppel by another name without the important qualifications recognized by the American courts as part and parcel of the general doctrine of non-mutual issue estoppel (Watson, *supra*, at pp. 624-25).

It is true that the doctrine of abuse of process has been extended beyond the strict parameters of *res judicata* while borrowing much of its rationales and some of its constraints. It is said to be more of an adjunct doctrine, defined in reaction to the settled rules of issue estoppel and cause of action estoppel, than an independent one (Lange, *supra*, at p. 344). The policy grounds supporting abuse of process by relitigation are the same as the essential policy grounds supporting issue estoppel (Lange, *supra*, at pp. 347-48):

The two policy grounds, namely, that there be an end to litigation and that no one should be twice vexed by the same cause, have been cited as policies in the application

Un cas d'application de l'abus de procédure est lorsque le tribunal est convaincu que le litige a essentiellement pour but de rouvrir une question qu'il a déjà tranchée. [Je souligne.]

Ainsi qu'il ressort du commentaire du juge Goudge, les tribunaux canadiens ont appliqué la doctrine de l'abus de procédure pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences strictes de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (généralement les exigences de lien de droit et de réciprocité) n'étaient pas remplies, mais où la réouverture aurait néanmoins porté atteinte aux principes d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice. (Voir par exemple *Franco c. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391 (C.A.); *Bomac Construction Ltd. c. Stevenson*, [1986] 5 W.W.R. 21 (C.A. Sask.); et *Bjarnarson c. Gouvernement de Manitoba* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32 (B.R. Man.), *conf. par* (1987), 21 C.P.C. (2d) 302 (C.A. Man.)) Cette application a suscité des critiques, certains disant que la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause n'est ni plus ni moins que la doctrine générale de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, sans exigence de réciprocité, à laquelle il manque les importantes conditions que les tribunaux américains ont reconnues comme parties intégrantes de la doctrine (Watson, *loc. cit.*, p. 624-625).

Certes, la doctrine de l'abus de procédure a débordé des stricts paramètres du principe de l'autorité de la chose jugée tout en lui empruntant beaucoup de ses fondements et quelques-unes de ses restrictions. D'aucuns la voient davantage comme une doctrine auxiliaire, élaborée en réaction aux règles établies de la préclusion (découlant d'une question déjà tranchée ou fondée sur la cause d'action), que comme une doctrine indépendante (Lange, *op. cit.*, p. 344). Les raisons de principes étayant la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause sont identiques à celles de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (Lange, *op. cit.*, p. 347-348) :

[TRADUCTION] Les deux raisons de principe, savoir qu'un litige puisse avoir une fin et que personne ne puisse être tracassé deux fois par la même cause d'action, ont

of abuse of process by relitigation. Other policy grounds have also been cited, namely, to preserve the courts' and the litigants' resources, to uphold the integrity of the legal system in order to avoid inconsistent results, and to protect the principle of finality so crucial to the proper administration of justice.

39

The *locus classicus* for the modern doctrine of abuse of process and its relationship to *res judicata* is *Hunter, supra*, aff'g *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] Q.B. 283 (C.A.). The case involved an action for damages for personal injuries brought by the six men convicted of bombing two pubs in Birmingham. They claimed that they had been beaten by the police during their interrogation. The plaintiffs had raised the same issue at their criminal trial, where it was found by both the judge and jury that the confessions were voluntary and that the police had not used violence. At the Court of Appeal, Lord Denning, M.R., endorsed non-mutual issue estoppel and held that the question of whether any beatings had taken place was estopped by the earlier determination, although it was raised here against a different opponent. He noted that in analogous cases, courts had sometimes refused to allow a party to raise an issue for a second time because it was an "abuse of the process of the court", but held that the proper characterization of the matter was through non-mutual issue estoppel.

40

On appeal to the House of Lords, Lord Denning's attempt to reform the law of issue estoppel was overruled, but the higher court reached the same result via the doctrine of abuse of process. Lord Diplock stated, at p. 541:

The abuse of process which the instant case exemplifies is the initiation of proceedings in a court of justice for the purpose of mounting a collateral attack upon a final decision against the intending plaintiff which has been made by another court of competent jurisdiction in

été invoquées comme principes fondant l'application de la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause. D'autres principes ont également été invoqués : la préservation des ressources des tribunaux et des parties, le maintien de l'intégrité du système judiciaire afin d'éviter les résultats contradictoires et la protection du principe du caractère définitif des instances si important pour la bonne administration de la justice.

L'énoncé classique de la doctrine moderne de l'abus de procédure et de ses liens avec l'autorité de la chose jugée se trouve dans la décision *Hunter*, précitée, confirmant *McIlkenny c. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] Q.B. 283 (C.A.). Il s'agissait d'une poursuite en dommages-intérêts pour préjudice corporel intentée par les six hommes reconnus coupables de l'explosion de deux pubs de Birmingham. Ils prétendaient avoir été battus par la police pendant leur interrogatoire. Les demandeurs avaient soulevé le même grief lors du procès criminel, mais le juge et le jury avaient conclu que les confessions avaient été volontaires et que la police n'avait pas eu recours à la violence. Lord Denning, M.R., de la Cour d'appel, a appliqué la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, sans exigence de réciprocité, et a statué que le jugement antérieur empêchait l'examen de la question de savoir si la police avait usé de violence, même si cette question était invoquée contre un nouvel adversaire. Signalant que dans des affaires analogues, les tribunaux avaient parfois refusé d'autoriser une partie à soulever de nouveau une question parce qu'il s'agissait d'un abus de procédure, lord Denning a estimé que le principe applicable était plutôt celui de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, sans exigence de réciprocité.

La Chambre des lords, statuant en appel, n'a pas endossé la tentative de lord Denning de modifier le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, mais elle est parvenue à une conclusion identique en appliquant la doctrine de l'abus de procédure. Lord Diplock s'est exprimé en ces termes, à la p. 541 :

[TRADUCTION] L'abus de procédure illustré en l'es-  
pèce est l'introduction d'une instance devant un tribunal  
judiciaire dans le but d'attaquer indirectement une déci-  
sion définitive rendue contre le demandeur par un autre  
tribunal compétent dans une instance antérieure, où le

previous proceedings in which the intending plaintiff had a full opportunity of contesting the decision in the court by which it was made.

It is important to note that a public inquiry after the civil action of the six accused in *Hunter, supra*, resulted in the finding that the confessions of the Birmingham six had been extracted through police brutality (see *R. v. McIlkenny* (1991), 93 Cr. App. R. 287 (C.A.), at pp. 304 *et seq.*). In my view, this does not support a relaxation of the existing procedural mechanisms designed to ensure finality in criminal proceedings. The danger of wrongful convictions has been acknowledged by this Court and other courts (see *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at para. 1; and *R. v. Bromley* (2001), 151 C.C.C. (3d) 480 (Nfld. C.A.), at pp. 517-18). Although safeguards must be put in place for the protection of the innocent, and, more generally, to ensure the trustworthiness of court findings, continuous re-litigation is not a guarantee of factual accuracy.

The attraction of the doctrine of abuse of process is that it is unencumbered by the specific requirements of *res judicata* while offering the discretion to prevent re-litigation, essentially for the purpose of preserving the integrity of the court's process. (See Doherty J.A.'s reasons, at para. 65; see also *Demeter* (H.C.), *supra*, at p. 264, and *Hunter, supra*, at p. 536.)

Critics of that approach have argued that when abuse of process is used as a proxy for issue estoppel, it obscures the true question while adding nothing but a vague sense of discretion. I disagree. At least in the context before us, namely, an attempt to re-litigate a criminal conviction, I believe that abuse of process is a doctrine much more responsive to the real concerns at play. In all of its applications, the primary focus of the doctrine of abuse of process is the integrity of the adjudicative functions of courts. Whether it serves to disentitle the Crown from proceeding because of undue delays (see *Blencoe, supra*), or whether it prevents a civil party from using the courts for an improper purpose (see *Hunter, supra*, and *Demeter, supra*), the focus is less

demandeur a eu l'entière possibilité de contester la décision devant le tribunal qui l'a rendue.

Il importe de signaler qu'une enquête publique instituée après la poursuite civile intentée par les six accusés dans l'affaire *Hunter*, précitée, a donné lieu à la conclusion que les aveux des accusés de Birmingham avaient été obtenus par suite de brutalités policières (voir *R. c. McIlkenny* (1991), 93 Cr. App. R. 287 (C.A.), p. 304 *et suiv.*). À mon avis, cela ne saurait justifier d'alléger les mécanismes procéduraux mis en place pour assurer le caractère définitif des instances en matière criminelle. Notre Cour et d'autres tribunaux ont reconnu l'existence du risque d'erreur judiciaire (voir *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 1; et *R. c. Bromley* (2001), 151 C.C.C. (3d) 480 (C.A.T.-N.), p. 517-518). Bien qu'il faille prévoir des garanties pour protéger les innocents et, de façon plus générale, pour inspirer confiance dans les décisions judiciaires, la remise en cause perpétuelle n'est pas pour autant garante de l'exactitude factuelle.

L'attrait de la doctrine de l'abus de procédure provient de ce qu'elle n'est pas alourdie par les exigences précises du principe de l'autorité de la chose jugée tout en ménageant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher la remise en cause de litiges et ce, essentiellement dans le but de préserver l'intégrité du processus judiciaire. (Voir les motifs du juge Doherty, par. 65; voir également *Demeter* (H.C.), précité, p. 264, et *Hunter*, précité, p. 536.)

Ceux qui critiquent cette doctrine font valoir que l'utilisation de l'abus de procédure à la place de la préclusion brouille la vraie question sans rien ajouter d'autre qu'une vague impression de pouvoir discrétionnaire. Je ne partage pas cette vue. À tout le moins dans des circonstances comme celles de la présente espèce, c'est-à-dire une tentative de remettre en cause une déclaration de culpabilité, j'estime que cette doctrine répond beaucoup mieux aux véritables enjeux. Dans tous ses cas d'application, la doctrine de l'abus de procédure vise essentiellement à préserver l'intégrité de la fonction judiciaire. Qu'elle ait pour effet de priver le ministère public du droit de continuer la poursuite à cause de délais inacceptables (voir *Blencoe*, précité), ou d'empêcher

41

42

43

on the interest of parties and more on the integrity of judicial decision making as a branch of the administration of justice. In a case such as the present one, it is that concern that compels a bar against relitigation, more than any sense of unfairness to a party being called twice to put its case forward, for example. When that is understood, the parameters of the doctrine become easier to define, and the exercise of discretion is better anchored in principle.

44 The adjudicative process, and the importance of preserving its integrity, were well described by Doherty J.A. He said, at para. 74:

The adjudicative process in its various manifestations strives to do justice. By the adjudicative process, I mean the various courts and tribunals to which individuals must resort to settle legal disputes. Where the same issues arise in various forums, the quality of justice delivered by the adjudicative process is measured not by reference to the isolated result in each forum, but by the end result produced by the various processes that address the issue. By justice, I refer to procedural fairness, the achieving of the correct result in individual cases and the broader perception that the process as a whole achieves results which are consistent, fair and accurate.

45 When asked to decide whether a criminal conviction, *prima facie* admissible in a proceeding under s. 22.1 of the Ontario *Evidence Act*, ought to be rebutted or taken as conclusive, courts will turn to the doctrine of abuse of process to ascertain whether relitigation would be detrimental to the adjudicative process as defined above. When the focus is thus properly on the integrity of the adjudicative process, the motive of the party who seeks to relitigate, or whether he or she wishes to do so as a defendant rather than as a plaintiff, cannot be decisive factors in the application of the bar against relitigation.

46 Thus, in the case at bar, it matters little whether Oliver's motive for relitigation was primarily to

une partie civile de faire appel aux tribunaux à mauvais escient (voir *Hunter*, précité, et *Demeter*, précité), l'accent est mis davantage sur l'intégrité du processus décisionnel judiciaire comme fonction de l'administration de la justice que sur l'intérêt des parties. Dans une affaire comme la présente espèce, c'est cette préoccupation qui commande d'interdire la remise en cause, plus que toute perception d'injustice envers une partie qui serait de nouveau appelée à faire la preuve de ses prétentions, par exemple. Cela compris, il est plus facile d'établir les paramètres de la doctrine et de définir les principes applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Le processus décisionnel judiciaire, et l'importance d'en préserver l'intégrité, ont été bien décrits par le juge Doherty. Voici ce qu'on peut lire au par. 74 de ses motifs :

[TRADUCTION] Dans ses diverses manifestations, le processus décisionnel judiciaire vise à rendre justice. Par processus décisionnel judiciaire, j'entends les divers tribunaux judiciaires ou administratifs auxquels il faut s'adresser pour le règlement des litiges. Lorsque la même question est soulevée devant divers tribunaux, la qualité des décisions rendues au terme du processus judiciaire se mesure non par rapport au résultat particulier obtenu de chaque forum, mais par le résultat final découlant des divers processus. Par justice, j'entends l'équité procédurale, l'obtention du résultat approprié dans chaque affaire et la perception plus générale que l'ensemble du processus donne des résultats cohérents, équitables et exacts.

Lorsqu'ils doivent décider si une déclaration de culpabilité, recevable *prima facie* en vertu de l'art. 22.1 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, devrait être réfutée ou considérée comme concluante, les tribunaux font appel à la doctrine de l'abus de procédure pour déterminer si la remise en cause porterait atteinte au processus décisionnel judiciaire défini précédemment. Lorsque l'accent est correctement mis sur l'intégrité du processus, la raison pour laquelle la partie cherche à rouvrir le débat ou sa qualité de défendeur plutôt que de demandeur dans le nouveau litige ne sauraient constituer des facteurs décisifs pour l'application de la règle interdisant la remise en question.

En l'espèce, il importe donc peu qu'Oliver veuille principalement rouvrir le débat pour être réengagé et

secure re-employment, rather than to challenge his criminal conviction in an attempt to undermine its validity. Reliance on *Hunter, supra*, and on *Demeter* (H.C.), *supra*, for the purpose of enhancing the importance of motive is misplaced. It is true that in both cases the parties wishing to relitigate had made it clear that they were seeking to impeach their earlier convictions. But this is of little significance in the application of the doctrine of abuse of process. A desire to attack a judicial finding is not in itself an improper purpose. The law permits that objective to be pursued through various reviewing mechanisms such as appeals or judicial review. Indeed reviewability is an important aspect of finality. A decision is final and binding on the parties only when all available reviews have been exhausted or abandoned. What is improper is to attempt to impeach a judicial finding by the impermissible route of relitigation in a different forum. Therefore, motive is of little or no import.

There is also no reason to constrain the doctrine of abuse of process only to those cases where the plaintiff has initiated the relitigation. The designation of the parties to the second litigation may mask the reality of the situation. In the present case, for instance, aside from the technical mechanism of the grievance procedures, who should be viewed as the initiator of the employment litigation between the grievor, Oliver, and his union on the one hand, and the City of Toronto on the other? Technically, the union is the "plaintiff" in the arbitration procedure. But the City of Toronto used Oliver's criminal conviction as a basis for his dismissal. I cannot see what difference it makes, again from the point of view of the integrity of the adjudicative process, whether Oliver is labelled a plaintiff or a defendant when it comes to relitigating his criminal conviction.

The appellant relies on *Re Del Core, supra*, to suggest that the abuse of process doctrine only applies to plaintiffs. *Re Del Core*, however, provided no majority opinion as to whether and when public policy would preclude relitigation of issues

non pour contester sa déclaration de culpabilité afin d'en attaquer la validité. Il n'y a pas lieu ici d'invoquer les arrêts *Hunter* et *Demeter* (H.C.), précités, pour souligner l'importance de la raison de la remise en cause. Il était certes évident, dans les deux affaires, que les parties cherchant à rouvrir le débat voulaient faire casser leur déclaration de culpabilité, mais cela a peu d'importance dans l'application de la doctrine de l'abus de procédure. Il n'est pas illégitime en soi de vouloir attaquer un jugement; la loi permet de poursuivre cet objectif par divers mécanismes de révision comme l'appel ou le contrôle judiciaire. De fait, la possibilité de faire réviser un jugement constitue un aspect important du principe de l'irrévocabilité des décisions. Une décision est irrévocable ou définitive et elle lie les parties seulement lorsque tous les recours possibles en révision sont épuisés ou ont été abandonnés. Ce qui n'est pas permis, c'est d'attaquer un jugement en tentant de soulever de nouveau la question devant un autre forum. Par conséquent, les raisons animant la partie ont peu ou pas d'importance.

Il n'y a pas de raison non plus de restreindre l'application de la doctrine de l'abus de procédure aux seuls cas où la remise en cause est le fait du demandeur. La désignation des parties au second litige peut masquer la situation réelle. En l'espèce, par exemple, indépendamment des formalités de la procédure de grief, qui d'Oliver et de son syndicat ou de la Ville de Toronto faudrait-il considérer comme à l'origine du différend en matière de travail? D'un point de vue formaliste, c'est le syndicat qui est la partie demanderesse dans la procédure d'arbitrage, mais c'est la Ville qui a invoqué la déclaration de culpabilité d'Oliver comme motif de congédiement. Du point de vue de l'intégrité du processus judiciaire, toutefois, je ne vois pas quelle différence il y a entre caractériser Oliver comme demandeur ou le caractériser comme défendeur relativement à la remise en cause de sa déclaration de culpabilité.

L'appelant invoque *Re Del Core*, précité, à l'appui de sa prétention que la doctrine de l'abus de procédure ne s'applique qu'aux demandeurs. Dans cet arrêt, toutefois, les juges majoritaires ne se sont pas prononcés sur la question de savoir dans quelles

determined in a criminal proceeding. For one, Blair J.A. did not limit the circumstances in which relitigation would amount to an abuse of process to those cases in which a person convicted sought to relitigate the validity of his conviction in subsequent proceedings which he himself had instituted (at p. 22):

The right to challenge a conviction is subject to an important qualification. A convicted person cannot attempt to prove that the conviction was wrong in circumstances where it would constitute an abuse of process to do so. . . . Courts have rejected attempts to relitigate the very issues dealt with at a criminal trial where the civil proceedings were perceived to be a collateral attack on the criminal conviction. The ambit of this qualification remains to be determined . . . . [Emphasis added.]

49

While the authorities most often cited in support of a court's power to prevent relitigation of decided issues in circumstances where issue estoppel does not apply are cases where a convicted person commenced a civil proceeding for the purpose of attacking a finding made in a criminal proceeding against that person (namely *Demeter* (H.C.), *supra*, and *Hunter, supra*; see also *Q. v. Minto Management Ltd.* (1984), 46 O.R. (2d) 756 (H.C.), *Franco, supra*, at paras. 29-31), there is no reason in principle why these rules should be limited to such specific circumstances. Several cases have applied the doctrine of abuse of process to preclude defendants from relitigating issues decided against them in a prior proceeding. See for example *Nigro v. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd.* (1977), 18 O.R. (2d) 215 (H.C.), at p. 218, aff'd without reference to this point (1978), 18 O.R. (2d) 714 (C.A.); *Bomac, supra*, at pp. 26-27; *Bjarnarson, supra*, at p. 39; *Germescheid v. Valois* (1989), 68 O.R. (2d) 670 (H.C.); *Simpson v. Geswein* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 49 (Man. Q.B.), at p. 61; *Roenisch v. Roenisch* (1991), 85 D.L.R. (4th) 540 (Alta. Q.B.), at p. 546; *Saskatoon Credit Union, Ltd. v. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431 (B.C.S.C.), at p. 438; *Canadian Tire Corp. v. Summers* (1995), 23 O.R. (3d) 106 (Gen. Div.), at p. 115; see also

circumstances, le cas échéant, l'intérêt public peut empêcher la remise en question de conclusions formulées dans une instance criminelle. Le juge Blair, notamment, n'a pas limité les circonstances permettant de conclure à l'abus de procédure aux seules affaires où une personne déclarée coupable cherche à remettre en question la validité de cette déclaration dans une instance subséquente qu'elle-même a engagée (à la p. 22) :

[TRADUCTION] Le droit de contester une déclaration de culpabilité est assorti d'une importante réserve. Une personne visée par une déclaration de culpabilité ne peut tenter de prouver que la déclaration était erronée lorsque dans les circonstances cela constituerait un abus de procédure. [ . . . ] Les tribunaux ont rejeté les tentatives de remettre en cause les questions mêmes qui avaient été examinées au procès criminel, dans les cas où ils estimaient que l'instance civile constituait une contestation indirecte de la déclaration de culpabilité. La portée de cette réserve reste à déterminer . . . [Je souligne.]

S'il est vrai que la jurisprudence le plus souvent citée à l'appui du pouvoir des tribunaux d'empêcher la remise en cause de questions sur lesquelles il a déjà été statué, lorsque la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'est pas applicable, se rapporte à des affaires où une personne déclarée coupable a intenté une action civile dans le but d'attaquer une conclusion formulée dans l'instance criminelle (savoir *Demeter* (H.C.), précité, et *Hunter*, précité; voir aussi *Q. c. Minto Management Ltd.* (1984), 46 O.R. (2d) 756 (H.C.), et *Franco*, précité, par. 29-31), il n'existe aucune raison de principe pour que ce droit ne s'exerce que dans ces circonstances. Les tribunaux ont appliqué la doctrine de l'abus de procédure à plusieurs reprises pour empêcher un défendeur de remettre en cause des conclusions formulées contre lui dans une instance antérieure. Voir notamment *Nigro c. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd.* (1977), 18 O.R. (2d) 215 (H.C.), p. 218, conf. sans mention de ce point par (1978), 18 O.R. (2d) 714 (C.A.); *Bomac*, précité, p. 26-27; *Bjarnarson*, précité, p. 39; *Germescheid c. Valois* (1989), 68 O.R. (2d) 670 (H.C.); *Simpson c. Geswein* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 49 (B.R. Man.), p. 61; *Roenisch c. Roenisch* (1991), 85 D.L.R. (4th) 540 (B.R. Alb.), p. 546; *Saskatoon Credit Union, Ltd. c. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431 (C.S.C.-B.), p. 438; *Canadian Tire*

P. M. Perell, “Res Judicata and Abuse of Process” (2001), 24 *Advocates’ Q.* 189, at pp. 196-97; and Watson, *supra*, at pp. 648-51.

It has been argued that it is difficult to see how mounting a defence can be an abuse of process (see M. Teplitsky, “Prior Criminal Convictions: Are They Conclusive Proof? An Arbitrator’s Perspective”, in K. Whitaker et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook 2001-2002* (2002), vol. I, 279). A common justification for the doctrine of *res judicata* is that a party should not be twice vexed in the same cause, that is, the party should not be burdened with having to relitigate the same issue (Watson, *supra*, at p. 633). Of course, a defendant may be quite pleased to have another opportunity to litigate an issue originally decided against him. A proper focus on the process, rather than on the interests of a party, will reveal why relitigation should not be permitted in such a case.

Rather than focus on the motive or status of the parties, the doctrine of abuse of process concentrates on the integrity of the adjudicative process. Three preliminary observations are useful in that respect. First, there can be no assumption that relitigation will yield a more accurate result than the original proceeding. Second, if the same result is reached in the subsequent proceeding, the relitigation will prove to have been a waste of judicial resources as well as an unnecessary expense for the parties and possibly an additional hardship for some witnesses. Finally, if the result in the subsequent proceeding is different from the conclusion reached in the first on the very same issue, the inconsistency, in and of itself, will undermine the credibility of the entire judicial process, thereby diminishing its authority, its credibility and its aim of finality.

In contrast, proper review by way of appeal increases confidence in the ultimate result and affirms both the authority of the process as well as the finality of the result. It is therefore apparent that

*Corp. c. Summers* (1995), 23 O.R. (3d) 106 (Div. gén.), p. 115; voir aussi P. M. Perell, « Res Judicata and Abuse of Process » (2001), 24 *Advocates’ Q.* 189, p. 196-197; et Watson, *loc. cit.*, p. 648-651.

Des auteurs ont soutenu qu’il est difficile de concevoir comment le fait de se défendre peut constituer un abus de procédure (voir M. Teplitsky, « Prior Criminal Convictions : Are They Conclusive Proof? An Arbitrator’s Perspective », dans K. Whitaker et autres, dir., *Labour Arbitration Yearbook 2001-2002* (2002), vol. I, 279). On donne souvent comme raison d’être du principe de l’autorité de la chose jugée qu’une partie ne devrait pas être tracassée deux fois pour la même cause d’action, c’est-à-dire qu’on ne devrait pas lui imposer le fardeau de débattre une autre fois de la même question (Watson, *loc. cit.*, p. 633). Bien sûr, un défendeur peut se réjouir d’avoir une autre occasion de mettre en cause une question tranchée contre lui. C’est l’accent correctement mis sur le processus plutôt que sur l’intérêt des parties qui révèle pourquoi il ne devrait pas y avoir remise en cause dans un tel cas.

La doctrine de l’abus de procédure s’articule autour de l’intégrité du processus juridictionnel et non autour des motivations ou de la qualité des parties. Il convient de faire trois observations préliminaires à cet égard. Premièrement, on ne peut présumer que la remise en cause produira un résultat plus exact que l’instance originale. Deuxièmement, si l’instance subséquente donne lieu à une conclusion similaire, la remise en cause aura été un gaspillage de ressources judiciaires et une source de dépenses inutiles pour les parties sans compter les difficultés supplémentaires qu’elle aura pu occasionner à certains témoins. Troisièmement, si le résultat de la seconde instance diffère de la conclusion formulée à l’égard de la même question dans la première, l’incohérence, en soi, ébranlera la crédibilité de tout le processus judiciaire et en affaiblira ainsi l’autorité, la crédibilité et la vocation à l’irrévocabilité.

La révision de jugements par la voie normale de l’appel, en revanche, accroît la confiance dans le résultat final et confirme l’autorité du processus ainsi que l’irrévocabilité de son résultat. D’un

50

51

52

from the system's point of view, relitigation carries serious detrimental effects and should be avoided unless the circumstances dictate that relitigation is in fact necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole. There may be instances where relitigation will enhance, rather than impeach, the integrity of the judicial system, for example: (1) when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty; (2) when fresh, new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results; or (3) when fairness dictates that the original result should not be binding in the new context. This was stated unequivocally by this Court in *Danyluk, supra*, at para. 80.

53

The discretionary factors that apply to prevent the doctrine of issue estoppel from operating in an unjust or unfair way are equally available to prevent the doctrine of abuse of process from achieving a similar undesirable result. There are many circumstances in which the bar against relitigation, either through the doctrine of *res judicata* or that of abuse of process, would create unfairness. If, for instance, the stakes in the original proceeding were too minor to generate a full and robust response, while the subsequent stakes were considerable, fairness would dictate that the administration of justice would be better served by permitting the second proceeding to go forward than by insisting that finality should prevail. An inadequate incentive to defend, the discovery of new evidence in appropriate circumstances, or a tainted original process may all overcome the interest in maintaining the finality of the original decision (*Danyluk, supra*, at para. 51; *Franco, supra*, at para. 55).

54

These considerations are particularly apposite when the attempt is to relitigate a criminal conviction. Casting doubt over the validity of a criminal conviction is a very serious matter. Inevitably in a case such as this one, the conclusion of the arbitrator has precisely that effect, whether this was intended

point de vue systémique, il est donc évident que la remise en cause s'accompagne de graves effets préjudiciables et qu'il faut s'en garder à moins que des circonstances n'établissent qu'elle est, dans les faits, nécessaire à la crédibilité et à l'efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble. Il peut en effet y avoir des cas où la remise en cause pourra servir l'intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice, par exemple : (1) lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté, (2) lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n'avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial, (3) lorsque l'équité exige que le résultat initial n'ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte. C'est ce que notre Cour a dit sans équivoque dans l'arrêt *Danyluk, précité*, par. 80.

Les facteurs discrétionnaires qui visent à empêcher que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne produise des effets injustes, jouent également en matière d'abus de procédure pour éviter de pareils résultats indésirables. Il existe de nombreuses circonstances où l'interdiction de la remise en cause, qu'elle découle de l'autorité de la chose jugée ou de la doctrine de l'abus de procédure, serait source d'inéquité. Par exemple, lorsque les enjeux de l'instance initiale ne sont pas assez importants pour susciter une réaction vigoureuse et complète alors que ceux de l'instance subséquente sont considérables, l'équité commande de conclure que l'autorisation de poursuivre la deuxième instance servirait davantage l'administration de la justice que le maintien à tout prix du principe de l'irrévocabilité. Une incitation insuffisante à opposer une défense, la découverte de nouveaux éléments de preuve dans des circonstances appropriées, ou la présence d'irrégularités dans le processus initial, tous ces facteurs peuvent l'emporter sur l'intérêt qu'il y a à maintenir l'irrévocabilité de la décision initiale (*Danyluk, précité*, par. 51; *Franco, précité*, par. 55).

Ces considérations revêtent une pertinence particulière s'agissant de la tentative de remettre en cause une déclaration de culpabilité. Mettre en doute la validité d'une déclaration de culpabilité est une action très grave et, dans un cas comme celui qui nous intéresse, il est inévitable que la conclusion de



or not. The administration of justice must equip itself with all legitimate means to prevent wrongful convictions and to address any real possibility of such an occurrence after the fact. Collateral attacks and relitigation, however, are not in my view appropriate methods of redress since they inordinately tax the adjudicative process while doing nothing to ensure a more trustworthy result.

In light of the above, it is apparent that the common law doctrines of issue estoppel, collateral attack and abuse of process adequately capture the concerns that arise when finality in litigation must be balanced against fairness to a particular litigant. There is therefore no need to endorse, as the Court of Appeal did, a self-standing and independent “finality principle” either as a separate doctrine or as an independent test to preclude relitigation.

#### D. *Application of Abuse of Process to Facts of the Appeal*

I am of the view that the facts in this appeal point to the blatant abuse of process that results when relitigation of this sort is permitted. The grievor was convicted in a criminal court and he exhausted all his avenues of appeal. In law, his conviction must stand, with all its consequent legal effects. Yet as pointed out by Doherty J.A. (at para. 84):

Despite the arbitrator’s insistence that he was not passing on the correctness of the decision made by Ferguson J., that is exactly what he did. One cannot read the arbitrator’s reasons without coming to the conclusion that he was convinced that the criminal proceedings were badly flawed and that Oliver was wrongly convicted. This conclusion, reached in proceedings to which the prosecution was not even a party, could only undermine the integrity of the criminal justice system. The reasonable observer would wonder how Oliver could be found guilty beyond a reasonable doubt in one proceeding and after the Court of Appeal had affirmed that finding, be found in a separate proceeding not to have committed the very same assault. That reasonable observer would also not understand how Oliver could be found to be properly convicted of

l’arbitre ait précisément cet effet, qu’il ait été voulu ou non. L’administration de la justice doit disposer de tous les moyens légitimes propres à prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées et à y remédier s’il s’en présente. La contestation indirecte et la remise en cause, toutefois, ne constituent pas des moyens appropriés, selon moi, car elles imposent au processus juridictionnel des contraintes excessives et ne font rien pour garantir un résultat plus fiable.

Compte tenu de ce qui précède, il est clair que les doctrines de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, de la contestation indirecte et de l’abus de procédure, reconnues en common law, répondent adéquatement aux préoccupations qui surgissent lorsqu’il faut pondérer le principe de l’irrévocabilité des jugements et celui de l’équité envers un justiciable particulier. Il n’est donc nul besoin, comme l’a fait la Cour d’appel, d’ériger le principe de l’irrévocabilité en doctrine distincte ou critère indépendant pour interdire la remise en cause.

#### D. *L’application de la doctrine de l’abus de procédure en l’espèce*

À mon avis, les faits de la présente espèce illustrent l’abus flagrant de procédure qui résulte de l’autorisation de ce type de remise en cause. L’employé avait été déclaré coupable par un tribunal criminel et il avait épuisé toutes les voies d’appel. La déclaration de culpabilité était valide en droit, avec tous les effets juridiques en découlant. Pourtant, comme l’a signalé le juge Doherty (au par. 84) :

[TRADUCTION] Même si l’arbitre s’est défendu d’avoir examiné le bien-fondé de la décision du juge Ferguson, c’est exactement ce qu’il a fait. Il est impossible de ne pas conclure, à la lecture des motifs de l’arbitre, qu’il avait la conviction que l’instance criminelle était entachée de graves erreurs et qu’Oliver avait été condamné à tort. Cette conclusion tirée à l’occasion d’une instance à laquelle la poursuite n’était pas même partie ne peut que porter atteinte à l’intégrité du système de justice criminel. Tout observateur sensé se demanderait comment il se peut qu’un tribunal ait conclu hors de tout doute raisonnable qu’Oliver était coupable, et qu’après confirmation du verdict par la Cour d’appel, il soit déterminé, dans une autre instance, qu’il n’a pas commis cette même agression. Cet observateur ne comprendrait pas non plus qu’Oliver

sexually assaulting the complainant and deserving of 15 months in jail and yet also be found in a separate proceeding not to have committed that sexual assault and to be deserving of reinstatement in a job which would place young persons like the complainant under his charge.

57 As a result of the conflicting decisions, the City of Toronto would find itself in the inevitable position of having a convicted sex offender reinstated to an employment position where he would work with the very vulnerable young people he was convicted of assaulting. An educated and reasonable public would presumably have to assess the likely correctness of one or the other of the adjudicative findings regarding the guilt of the convicted grievor. The authority and finality of judicial decisions are designed precisely to eliminate the need for such an exercise.

58 In addition, the arbitrator is considerably less well equipped than a judge presiding over a criminal court — or the jury —, guided by rules of evidence that are sensitive to a fair search for the truth, an exacting standard of proof and expertise with the very questions in issue, to come to a correct disposition of the matter. Yet the arbitrator's conclusions, if challenged, may give rise to a less searching standard of review than that of the criminal court judge. In short, there is nothing in a case like the present one that militates against the application of the doctrine of abuse of process to bar the relitigation of the grievor's criminal conviction. The arbitrator was required as a matter of law to give full effect to the conviction. As a result of that error of law, the arbitrator reached a patently unreasonable conclusion. Properly understood in the light of correct legal principles, the evidence before the arbitrator could only lead him to conclude that the City of Toronto had established just cause for Oliver's dismissal.

#### VI. Disposition

59 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

ait pu à bon droit être reconnu coupable d'agression sexuelle contre le plaignant et condamné à quinze mois d'emprisonnement, mais qu'une autre instance donne lieu à la conclusion qu'il n'a pas commis l'agression sexuelle et qu'il doit être réintégré dans des fonctions où des jeunes comme le plaignant seraient placés sous sa surveillance.

Ces décisions contradictoires mettraient inévitablement la Ville de Toronto dans une situation où une personne condamnée pour agression sexuelle est rétablie dans un emploi qui la met en contact avec des jeunes très vulnérables comme la victime de l'agression dont elle a été déclarée coupable. On peut supposer que cela induirait le public informé et sensé à évaluer le bien-fondé de l'un ou l'autre des jugements relatifs à la culpabilité de l'employé. L'autorité et l'irrévocabilité des décisions de justice visent précisément à éliminer la nécessité d'un tel exercice.

De plus, l'arbitre est beaucoup moins en mesure de rendre une décision correcte sur la culpabilité que le juge présidant une instance criminelle — ou que le jury —, qui dispose pour le guider de règles de preuve axées sur la recherche équitable de la vérité ainsi que d'une norme de preuve exigeante, et qui a l'expérience des questions en cause. Qui plus est, la norme de contrôle applicable aux conclusions de l'arbitre, en cas de contestation, est moins exigeante que celle qui s'applique aux décisions des juges de cours criminelles. Bref, il n'y a rien, dans une affaire comme la présente espèce, qui milite contre l'application de la doctrine de l'abus de procédure pour interdire la remise en cause de la déclaration de culpabilité de l'employé. L'arbitre était juridiquement tenu de donner plein effet à la déclaration de culpabilité. L'erreur de droit qu'il a commise lui a fait tirer une conclusion manifestement déraisonnable. S'il avait bien compris la preuve et tenu compte des principes juridiques applicables, il n'aurait pu faire autrement que de conclure que la Ville de Toronto avait démontré l'existence d'un motif valable pour le congédiement d'Oliver.

#### VI. Dispositif

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

The reasons of LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

LEBEL J. —

### I. Introduction

I have had the benefit of reading Arbour J.'s reasons and I concur with her disposition of the case. I agree that this case is appropriately decided on the basis of the doctrine of abuse of process, rather than the narrower and more technical doctrines of either collateral attack or issue estoppel. I also agree that the appropriate standard of review for the question of whether a criminal conviction may be relitigated in a grievance proceeding is correctness. This is a question of law requiring an arbitrator to interpret not only the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, but also the *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, as well as to rule on the applicability of a number of common law doctrines dealing with relitigation, an issue that is, as Arbour J. notes, at the heart of the administration of justice. Finally, I agree that the arbitrator's determination in this case that Glenn Oliver's criminal conviction could indeed be relitigated during the grievance proceeding was incorrect. As a matter of law, the arbitrator was required to give full effect to Oliver's conviction. His failure to do so was sufficient to render his ultimate decision that Oliver had been dismissed without just cause — a decision squarely within the arbitrator's area of specialized expertise and thus reviewable on a deferential standard — patently unreasonable, according to the jurisprudence of our Court.

While I agree with Arbour J.'s disposition of the appeal, I am of the view that the administrative law aspects of this case require further discussion. In my concurring reasons in *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R.

Version française des motifs des juges LeBel et Deschamps rendus par

LE JUGE LeBEL —

### I. Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de la juge Arbour et je souscris au dispositif qu'elle propose dans le présent pourvoi. Je conviens que le sort de ce pourvoi doit être réglé en fonction de l'abus de procédure, et non des principes plus restreints et plus techniques de la contestation indirecte ou de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*). Je conviens également que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, à l'égard de la question de la remise en cause d'une déclaration de culpabilité dans le cadre d'une procédure de grief. La nature de cette question de droit demandait de l'arbitre qu'il interprète non seulement la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, mais aussi la *Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23, et qu'il statue sur l'applicabilité d'un certain nombre de principes de common law portant sur la remise en cause de questions déjà décidées dans le cadre d'un litige antérieur. Comme le fait remarquer la juge Arbour, ce problème se situe au cœur de l'administration de la justice. Enfin, je conviens que la décision de l'arbitre qui permettait de remettre la déclaration de culpabilité de Glenn Oliver en cause pendant l'examen du grief n'était pas correcte. Légalement, l'arbitre devait donner pleinement effet à cette déclaration de culpabilité. L'omission de le faire a suffi pour rendre manifestement déraisonnable, suivant la jurisprudence de notre Cour, la décision finale selon laquelle Oliver avait été congédié sans motif valable — une décision qui ressortissait entièrement au domaine d'expertise de l'arbitre et devait donc faire l'objet d'un contrôle selon une norme commandant la déférence.

Même si je suis d'accord avec la conclusion de la juge Arbour en l'espèce, j'estime opportun d'approfondir l'examen des aspects du pourvoi relevant du droit administratif. Dans mes motifs concourants dans *Chamberlain c. Surrey School*

710, 2002 SCC 86, I raised concerns about the appropriateness of treating the pragmatic and functional methodology as an overarching analytical framework for substantive judicial review that must be applied, without variation, in all administrative law contexts, including those involving non-adjudicative decision makers. In certain circumstances, such as those at issue in *Chamberlain* itself, applying this methodological approach in order to determine the appropriate standard of review may in fact obscure the real issue before the reviewing court.

62

In the instant appeal and the appeal in *Ontario v. O.P.S.E.U.*, [2003] 3 S.C.R. 149, 2003 SCC 64, released concurrently, both of which involve judicial review of adjudicative decision makers, my concern is not with the applicability of the pragmatic and functional approach itself. Having said this, I would note that in a case such as this one, where the question at issue is so clearly a question of law that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise, it is unnecessary for the reviewing court to perform a detailed pragmatic and functional analysis in order to reach a standard of review of correctness. Indeed, in such circumstances reviewing courts should avoid adopting a mechanistic approach to the determination of the appropriate standard of review, which risks reducing the pragmatic and functional analysis from a contextual, flexible framework to little more than a *pro forma* application of a checklist of factors (see *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, at para. 149; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 26; *Chamberlain*, *supra*, at para. 195, *per* LeBel J.).

63

The more particular concern that emerges out of this case and *Ontario v. O.P.S.E.U.* relates to what in my view is growing criticism with the ways in which the standards of review currently available within the

*District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86, j'ai soulevé quelques inquiétudes quant au caractère approprié d'une approche qui traiterait la méthode pragmatique et fonctionnelle comme cadre d'analyse fondamental destiné à s'appliquer sans flexibilité lors du contrôle judiciaire sur le fond dans toutes les affaires de droit administratif, y compris celles relatives à la décision d'une instance non juridictionnelle. Dans certaines circonstances, comme celles de *Chamberlain*, le recours à ce cadre d'analyse pour circonscrire la norme de contrôle appropriée risque d'occulter la véritable question que doit trancher la cour de justice chargée du contrôle.

Dans le présent pourvoi et *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*, [2003] 3 R.C.S. 149, 2003 CSC 64, sur lesquels statue simultanément notre Cour et qui portent tous deux sur le contrôle judiciaire de la décision d'une instance juridictionnelle, je ne suis pas préoccupé par l'applicabilité de l'analyse pragmatique et fonctionnelle proprement dite. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, la question en litige constitue si clairement une question de droit, à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, il devient inutile qu'une cour se livre à une analyse pragmatique et fonctionnelle détaillée pour identifier une norme de contrôle fondée sur la décision correcte. En pareilles circonstances, pour déterminer la norme de contrôle applicable, la cour doit en fait éviter d'adopter une démarche rigide. En effet, celle-ci risquerait de réduire l'analyse pragmatique et fonctionnelle et le cadre souple et contextuel qu'elle offre à la vérification et à l'application pure et simple d'une liste de facteurs prédéterminés (voir *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, par. 149; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 26; *Chamberlain*, précité, par. 195, le juge LeBel).

La présente espèce et le pourvoi connexe *Ontario c. S.E.E.F.P.O.* soulèvent une question plus particulière, celle des préoccupations croissantes liées à la manière dont sont conçues et appliquées les normes

pragmatic and functional framework are conceived of and applied. Academic commentators and practitioners have raised some serious questions as to whether the conceptual basis for each of the existing standards has been delineated with sufficient clarity by this Court, with much of the criticism directed at what has been described as “epistemological” confusion over the relationship between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* (see, for example, D. J. Mullan, “Recent Developments in Standard of Review”, in Canadian Bar Association (Ontario), *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), at p. 26; J. G. Cowan, “The Standard of Review: The Common Sense Evolution?”, paper presented to the Administrative Law Section Meeting, Ontario Bar Association, January 21, 2003, at p. 28; F. A. V. Falzon, “Standard of Review on Judicial Review or Appeal”, in *Administrative Justice Review Background Papers: Background Papers prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia* (2002), at pp. 32-33). Reviewing courts too, have occasionally expressed frustration over a perceived lack of clarity in this area, as the comments of Barry J. in *Miller v. Workers’ Compensation Commission (Nfld.)* (1997), 154 Nfld. & P.E.I.R. 52 (Nfld. S.C.T.D.), at para. 27, illustrate:

In attempting to follow the court’s distinctions between “patently unreasonable”, “reasonable” and “correct”, one feels at times as though one is watching a juggler juggle three transparent objects. Depending on the way the light falls, sometimes one thinks one can see the objects. Other times one cannot and, indeed, wonders whether there are really three distinct objects there at all.

The Court cannot remain unresponsive to sustained concerns or criticism coming from the legal community in relation to the state of Canadian jurisprudence in this important part of the law. It is true that the parties to this appeal made no submissions putting into question the standards of review jurisprudence. Nevertheless, at times, an in-depth discussion or review of the state of the law may become necessary despite the absence of particular

de contrôle qu’offre actuellement l’analyse pragmatique et fonctionnelle. Des auteurs et avocats ont affirmé douter sérieusement que notre Cour ait exposé de manière suffisamment claire le fondement théorique de chacune des normes existantes. Une bonne partie de leurs critiques vise ce qu’ils ont qualifié de confusion « épistémologique » qui entourerait la relation entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter* (voir, par exemple, D. J. Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », dans l’Association du Barreau canadien (Ontario), *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), p. 26; J. G. Cowan, « The Standard of Review : The Common Sense Evolution? », exposé présenté initialement à la rencontre de la section du droit administratif, Association du Barreau de l’Ontario, 21 janvier 2003, p. 28; F. A. V. Falzon, « Standard of Review on Judicial Review or Appeal », dans *Administrative Justice Review Background Papers : Background Papers prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia* (2002), p. 32-33). Les cours de justice chargées de contrôles ont parfois également exprimé de la frustration à l’égard de ce qu’elles perçoivent comme un manque apparent de clarté dans ce domaine, comme l’illustrent les propos du juge Barry dans *Miller c. Workers’ Compensation Commission (Nfld.)* (1997), 154 Nfld. & P.E.I.R. 52 (C.S.T.-N. (1<sup>re</sup> inst.)), par. 27 :

[TRADUCTION] Tenter de comprendre les distinctions établies par la cour entre la décision « manifestement déraisonnable », « raisonnable » ou « correcte » s’apparente parfois à observer un jongleur maniant trois objets transparents. Selon l’éclairage, à certains moments l’on croit apercevoir les objets. Mais à d’autres, l’on ne voit rien et l’on se demande en fait s’il y a vraiment trois objets distincts.

La Cour ne peut rester insensible aux préoccupations ou critiques constantes de la communauté juridique concernant l’état de la jurisprudence canadienne dans une partie importante du droit. Il est vrai que les parties au présent pourvoi n’ont pas présenté d’observations qui remettraient en cause la jurisprudence en matière de normes de contrôle. Il n’en reste pas moins qu’à l’occasion une analyse ou un examen en profondeur de l’état du droit

representations in a specific case. Given its broad application, the law governing the standards of review must be predictable, workable and coherent. Parties to litigation often have no personal stake in assuring the coherence of our standards of review jurisprudence as a whole and the consistency of their application. Their purpose, understandably, is to show how the positions they advance conform with the law as it stands, rather than to suggest improvements of that law for the benefit of the common good. The task of maintaining a predictable, workable and coherent jurisprudence falls primarily on the judiciary, preferably with, but exceptionally without, the benefit of counsel. I would add that, although the parties made no submissions on the analysis that I propose to undertake in these reasons, they will not be prejudiced by it.

65

In this context, this case provides an opportunity to reevaluate the contours of the various standards of review, a process that in my view is particularly important with respect to patent unreasonableness. To this end, I review below:

- the interplay between correctness and patent unreasonableness both in the instant case and, more broadly, in the context of judicial review of adjudicative decision makers generally, with a view to elucidating the conflicted relationship between these two standards; and,
- the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, which, despite a number of attempts at clarification, remains a nebulous one.

66

As the analysis that follows indicates, the patent unreasonableness standard does not currently provide sufficiently clear parameters for reviewing courts to apply in assessing the decisions of administrative adjudicators. From the beginning, patent unreasonableness at times shaded uncomfortably into what should presumably be its antithesis, the correctness review. Moreover, it is increasingly difficult to distinguish from what is ostensibly its less

peut s'avérer nécessaire malgré l'absence d'observations particulières dans une espèce donnée. Étant donné leur vaste domaine d'application, les règles de droit qui régissent les normes de contrôle doivent être prévisibles, pratiques et cohérentes. Les parties à un litige n'ont souvent aucun intérêt personnel à assurer la cohérence globale de notre jurisprudence en matière de normes de contrôle et l'uniformité de son application. Leur objectif, bien compréhensible, consiste à démontrer en quoi les positions qu'elles avancent sont conformes aux règles de droit telles qu'elles existent, et non de suggérer des améliorations à ces règles pour le bénéfice du bien commun. La tâche d'assurer le caractère prévisible, pratique et cohérent de la jurisprudence incombe en premier lieu aux juges, tâche qu'ils accomplissent de préférence avec, mais exceptionnellement sans le concours des avocats. J'ajouterais que, même si les parties n'ont pas présenté d'observations sur l'analyse que je me propose d'entreprendre dans les présents motifs, elles n'en subiront aucun préjudice.

Dans ce contexte, le présent pourvoi nous offre l'occasion de réévaluer les contours des différentes normes de contrôle, ce qui s'impose particulièrement, selon moi, à l'égard de la norme du manifestement déraisonnable. J'examinerai donc :

- l'interaction entre la décision correcte et la décision manifestement déraisonnable, tant en l'espèce que dans le contexte du contrôle judiciaire de la décision d'une instance juridictionnelle en général, afin de clarifier la relation conflictuelle entre ces deux normes;
- la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*, qui demeure nébuleuse malgré bien des tentatives d'explication.

Comme le confirme l'analyse qui suit, à l'heure actuelle, la norme de la décision manifestement déraisonnable n'offre pas aux cours de justice des paramètres suffisamment clairs pour contrôler les décisions des tribunaux administratifs. Dès le début, la norme du manifestement déraisonnable a parfois été confondue, de manière préoccupante, avec ce qui devrait être son antithèse, la norme de la décision correcte. En outre, il devient de plus en plus

deferential counterpart, reasonableness *simpliciter*. It remains to be seen how these difficulties can be addressed.

## II. Analysis

### A. *The Two Standards of Review Applicable in This Case*

Two standards of review are at issue in this case, and the use of correctness here requires some preliminary discussion. As I noted in brief above, certain fundamental legal questions — for instance, constitutional and human rights questions and those involving civil liberties, as well as other questions that are of central importance to the legal system as a whole, such as the issue of relitigation — typically fall to be decided on a correctness standard. Indeed, in my view, it will rarely be necessary for reviewing courts to embark on a comprehensive application of the pragmatic and functional approach in order to reach this conclusion. I would not, however, want either my comments in this regard or the majority reasons in this case to be taken as authority for the proposition that correctness is the appropriate standard whenever arbitrators or other specialized administrative adjudicators are required to interpret and apply general common law or civil law rules. Such an approach would constitute a broad expansion of judicial review under a standard of correctness and would significantly impede the ability of administrative adjudicators, particularly in complex and highly specialized fields such as labour law, to develop original solutions to legal problems, uniquely suited to the context in which they operate. In my opinion, in many instances the appropriate standard of review in respect of the application of general common or civil law rules by specialized adjudicators should not be one of correctness, but rather of reasonableness. I now turn to a brief discussion of the rationale behind this view.

difficile de distinguer la norme de ce qui est réputé représenter sa contrepartie, commandant une moins grande déférence, la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Il reste à voir comment il est possible de résoudre ces difficultés.

## II. Analyse

### A. *Les deux normes de contrôle applicables en l'espèce*

Deux normes de contrôle entrent en jeu en l'espèce, et certaines précisions s'imposent au préalable sur l'application de la norme de la décision correcte. Comme je l'ai déjà signalé brièvement, certaines questions de droit fondamentales — notamment en ce qui concerne la Constitution et les droits de la personne, de même que les libertés civiles, ainsi que d'autres questions revêtant une importance centrale pour le système juridique dans son ensemble, comme celle de la remise en cause — commandent généralement l'application de la norme de la décision correcte. À mon avis, la cour de justice chargée du contrôle devra rarement se livrer à l'analyse pragmatique et fonctionnelle de manière exhaustive pour conclure en ce sens. Je ne voudrais pas, cependant, que l'on déduise de mes propos à ce sujet ou des motifs des juges majoritaires en l'espèce qu'il faut appliquer la norme de la décision correcte chaque fois qu'un arbitre ou une autre instance administrative spécialisée est appelé à interpréter et à appliquer les règles générales de la common law ou du droit civil. S'il en allait ainsi, le contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte verrait sa portée s'accroître sensiblement. Une telle approche rendrait les tribunaux administratifs moins aptes, spécialement dans des domaines complexes et très spécialisés comme le droit du travail, à apporter à un problème juridique une solution originale particulièrement adaptée au contexte. À mon sens, dans bien des cas, la norme de contrôle appropriée à l'application des règles générales de la common law et du droit civil par un tribunal spécialisé ne devrait pas être la norme de la décision correcte mais plutôt celle de la décision raisonnable. De brèves explications s'imposent.

(1) The Correctness Standard of Review

68

This Court has repeatedly stressed the importance of judicial deference in the context of labour law. Labour relations statutes typically bestow broad powers on arbitrators and labour boards to resolve the wide range of problems that may arise in this field and protect the decisions of these adjudicators by privative clauses. Such legislative choices reflect the fact that, as Cory J. noted in *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 35, the field of labour relations is “sensitive and volatile” and “[i]t is essential that there be a means of providing speedy decisions by experts in the field who are sensitive to the situation, and which can be considered by both sides to be final and binding” (see also *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 (“PSAC”), at pp. 960-61; and *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47, at para. 32). The application of a standard of review of correctness in the context of judicial review of labour adjudication is thus rare.

69

While in this case and in *Ontario v. O.P.S.E.U.* I agree that correctness is the appropriate standard of review for the arbitrator’s decision on the relitigation question, I think it necessary to sound a number of notes of caution in this regard. It is important to stress, first, that while the arbitrator was required to be correct on this question of law, this did not open his decision as a whole to review on a correctness standard (see *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48). The arbitrator was entitled to deference in the determination of whether Oliver was dismissed without just cause. To say that, in the circumstances of this case, the arbitrator’s incorrect decision on the question of law affected the overall reasonableness of his decision, is very different from saying that the arbitrator’s finding on the ultimate

(1) La norme de la décision correcte

Notre Cour a à maintes reprises souligné l’importance de la déférence judiciaire dans le domaine du droit du travail. En général, les lois régissant les relations de travail confèrent aux arbitres et aux commissions ou conseils des relations de travail de larges pouvoirs pour le règlement de la vaste gamme de problèmes susceptibles de se poser dans ce domaine et elles font bénéficier les décisions de ces instances de la protection d’une clause privative. Si le législateur en a décidé ainsi c’est que, comme l’a signalé le juge Cory dans *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 35, le domaine des relations de travail est « délicat et explosif » et « [i]l est essentiel de disposer d’un moyen de pourvoir à la prise de décisions rapides, par des experts du domaine sensibles à la situation, décisions qui peuvent être considérées définitives par les deux parties » (voir également *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (« AFPC »), p. 960-961; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47, par. 32). Il est donc rare qu’une cour de justice appelée à contrôler une décision en matière de relations de travail applique la norme de la décision correcte.

En l’espèce et dans *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*, je conviens qu’il y a lieu d’appliquer la norme de la décision correcte à la décision de l’arbitre relative à la remise en cause de la déclaration de la culpabilité, mais un certain nombre de mises en garde me paraissent indispensables. Tout d’abord, même si l’arbitre était tenu de rendre une décision correcte relativement à cette question de droit, ceci n’entraînait pas pour autant l’application d’un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte à l’ensemble de sa décision (voir *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48). La déférence s’imposait à l’égard de la décision de l’arbitre sur l’existence d’un motif de congédiement valable dans le cas d’Oliver. Dire que, compte tenu des faits de l’espèce, la décision incorrecte de l’arbitre concernant la question de



question of just cause had to be correct. To fail to make this distinction would be to risk “substantially expand[ing] the scope of reviewability of administrative decisions, and unjustifiably so” (see *Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, at para. 48).

Second, it bears repeating that the application of correctness here is very much a product of the nature of this particular legal question: determining whether relitigating an employee’s criminal conviction is permissible in an arbitration proceeding is a question of law involving the interpretation of the arbitrator’s constitutive statute, an external statute, and a complex body of common law rules and conflicting jurisprudence. More than this, it is a question of fundamental importance and broad applicability, with serious implications for the administration of justice as a whole. It is, in other words, a question that engages the expertise and essential role of the courts. It is not a question on which arbitrators may be said to enjoy any degree of relative institutional competence or expertise. As a result, it is a question on which the arbitrator must be correct.

This Court has been very careful to note, however, that not all questions of law must be reviewed under a standard of correctness. As a prefatory matter, as the Court has observed, in many cases it will be difficult to draw a clear line between questions of fact, mixed fact and law, and law; in reality, such questions are often inextricably intertwined (see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 37; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 37). More to the point, as Bastarache J. stated in *Pushpanathan, supra*, “even pure questions of law may be granted a wide degree of deference where other factors of the pragmatic and functional analysis suggest that such deference is the legislative intention”

droit a eu une incidence sur le caractère raisonnable de l’ensemble de sa décision diffère sensiblement de l’affirmation selon laquelle la décision de l’arbitre sur la question ultime du congédiement injustifié devait être correcte. L’absence d’une telle distinction risque de provoquer un « élargissement considérable et injustifié des possibilités de contrôler les décisions administratives » (voir *Société Radio-Canada*, précité, par. 48).

Deuxièmement, il importe de rappeler que, en l’espèce, l’application de la norme de la décision correcte est intimement liée à la nature de cette question de droit en particulier : la déclaration de culpabilité d’un employé peut-elle être remise en cause dans le cadre d’un arbitrage? Cette question de droit exigeait l’interprétation de la loi constitutive de l’instance administrative, une mesure législative extrinsèque, ainsi que d’un ensemble complexe de règles de common law et d’une jurisprudence contradictoire. Qui plus est, il s’agit d’une question d’une importance fondamentale, de grande portée et susceptible d’avoir de graves répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble. En d’autres termes, cette question mettait en jeu l’expertise et le rôle essentiel des cours de justice. L’on ne saurait prétendre que le décideur jouit à son égard d’une quelconque compétence ou expertise institutionnelle relative. Par conséquent, sa décision doit être correcte sur ce point.

Cependant, notre Cour s’est montrée très prudente en signalant que toute décision sur une question de droit n’était pas assujettie à la norme de la décision correcte. Tout d’abord, comme notre Cour l’a fait observer, dans bien des cas il est difficile d’établir une ligne de démarcation claire entre une question de fait, une question mixte de fait et de droit et une question de droit; en fait, ces questions sont souvent inextricablement liées (voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 37; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 37). De manière encore plus précise, comme l’a écrit le juge Bastarache dans *Pushpanathan*, précité, « il peut convenir de faire preuve d’un degré élevé de retenue même à l’égard de pures questions de

70

71

(para. 37). The critical factor in this respect is expertise.

72

As Bastarache J. noted in *Pushpanathan, supra*, at para. 34, once a “broad relative expertise has been established”, this Court has been prepared to show “considerable deference even in cases of highly generalized statutory interpretation where the instrument being interpreted is the tribunal’s constituent legislation”: see, for example, *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, and *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324. This Court has also held that, while administrative adjudicators’ interpretations of external statutes “are generally reviewable on a correctness standard”, an exception to this general rule may occur, and deference may be appropriate, where “the external statute is intimately connected with the mandate of the tribunal and is encountered frequently as a result”: see *Toronto (City) Board of Education, supra*, at para. 39; *Canadian Broadcasting Corp., supra*, at para. 48. And, perhaps most importantly in light of the issues raised by this case, the Court has held that deference may be warranted where an administrative adjudicator has acquired expertise through its experience in the application of a general common or civil law rule in its specialized statutory context: see *Ivanhoe, supra*, at para. 26; L’Heureux-Dubé J. (dissenting) in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 599-600, endorsed in *Pushpanathan, supra*, at para. 37.

73

In the field of labour relations, general common and civil law questions are often closely intertwined with the more specific questions of labour law. Resolving general legal questions may thus be an important component of the work of some administrative adjudicators in this field. To subject all such decisions to correctness review would be to expand the scope of judicial review considerably beyond what the legislature intended, fundamentally undermining the ability of labour adjudicators to develop

droit, si d’autres facteurs de l’analyse pragmatique et fonctionnelle semblent indiquer que cela correspond à l’intention du législateur » (par. 37). Le facteur crucial à cet égard demeure l’expertise.

Comme le juge Bastarache l’a signalé dans *Pushpanathan*, précité, par. 34, « une fois établie l’expertise relative », notre Cour s’est montrée disposée à faire preuve « de beaucoup de retenue même dans des cas faisant jouer des questions très générales d’interprétation de la loi, si le texte en cause est la loi constitutive du tribunal » : voir par exemple *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, et *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324. Notre Cour a par ailleurs statué que même si les interprétations de mesures législatives intrinsèques par les tribunaux administratifs « peuvent généralement faire l’objet d’un examen selon la norme de la décision correcte », des exceptions peuvent exister à cette règle générale et la déférence peut s’imposer lorsque « la loi est intimement liée au mandat du tribunal et [que] celui-ci est souvent appelé à l’examiner » : voir *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité)*, précité, par. 39; *Société Radio-Canada*, précité, par. 48. Et, ce qui importe peut-être davantage à la lumière des questions que soulève le présent pourvoi, notre Cour a décidé que la déférence peut s’imposer lorsque, avec le temps, le tribunal administratif a acquis une expertise dans l’application d’une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : voir *Ivanhoe*, précité, par. 26; la juge L’Heureux-Dubé (dissidente), dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 599-600, motifs approuvés dans *Pushpanathan*, précité, par. 37.

Dans le domaine des relations de travail, les questions générales relevant de la common law et du droit civil se trouvent souvent étroitement imbriquées avec celles qui relèvent plus particulièrement du droit du travail. Le règlement de questions de droit générales peut donc constituer un aspect important de la tâche dévolue à certains tribunaux administratifs dans ce domaine. L’assujettissement de toutes ces décisions à la norme de décision correcte donnerait au contrôle judiciaire une portée

a body of jurisprudence that is tailored to the specialized context in which they operate.

Where an administrative adjudicator must decide a general question of law in the course of exercising its statutory mandate, that determination will typically be entitled to deference (particularly if the adjudicator's decisions are protected by a privative clause), inasmuch as the general question of law is closely connected to the adjudicator's core area of expertise. This was essentially the holding of this Court in *Ivanhoe, supra*. In *Ivanhoe*, after noting the presence of a privative clause, Arbour J. held that, while the question at issue involved both civil and labour law, the labour commissioners and the Labour Court were entitled to deference because "they have developed special expertise in this regard which is adapted to the specific context of labour relations and which is not shared by the courts" (para. 26; see also *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890). This appeal does not represent a departure from this general principle.

The final note of caution that I think must be sounded here relates to the application of two standards of review in this case. This Court has recognized on a number of occasions that it may, in certain circumstances, be appropriate to apply different standards of deference to different decisions taken by an administrative adjudicator in a single case (see *Pushpanathan, supra*, at para. 49; *Macdonell v. Quebec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 S.C.R. 661, 2002 SCC 71, at para. 58, *per* Bastarache and LeBel JJ., dissenting). This case provides an example of one type of situation where this may be the proper approach. It involves a fundamental legal question falling outside the arbitrator's area of expertise. This legal question, though foundational to the decision as a whole, is easily differentiated from a second question on which the arbitrator was entitled to deference: the determination of whether there was just cause for Oliver's dismissal.

However, as I have noted above, the fact that the question adjudicated by the arbitrator in this case can

beaucoup plus grande que celle voulue par le législateur, ce qui affaiblirait fondamentalement la capacité des tribunaux du travail à développer une jurisprudence adaptée à ce domaine spécialisé.

Lorsqu'un tribunal administratif doit trancher une question de droit générale dans l'accomplissement de son mandat légal, sa décision fera généralement l'objet de déférence (surtout en présence d'une clause privative), pour autant que la question soit étroitement liée au domaine d'expertise fondamentale du tribunal. C'est ce qu'a essentiellement conclu notre Cour dans *Ivanhoe*, précité, où, après avoir relevé l'existence d'une clause privative, la juge Arbour a ajouté que, même si la question en litige relevait tant du droit civil que du droit du travail, les commissaires du travail et le tribunal du travail avaient droit à la déférence judiciaire parce qu'ils « ont développé [. . .] une expertise particulière en la matière, adaptée au contexte spécifique des relations de travail, qui n'est pas partagée par les cours de justice » (par. 26; voir également *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890). Dans le présent pourvoi, notre Cour ne déroge pas à ce principe général.

La dernière mise en garde qui s'impose selon moi a trait à l'application de deux normes de contrôle en l'espèce. Notre Cour a reconnu à un certain nombre d'occasions que les différentes décisions d'un tribunal administratif dans une affaire donnée peuvent commander différents degrés de déférence, selon les circonstances (voir *Pushpanathan*, précité, par. 49; *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 R.C.S. 661, 2002 CSC 71, par. 58, les juges Bastarache et LeBel, dissidents). Ce pourrait être le cas dans la présente affaire où l'arbitre a statué sur une question de droit fondamentale échappant à son domaine d'expertise. Cette question de droit, malgré son caractère fondamental pour l'appréciation de la décision dans son ensemble, se distingue aisément d'une deuxième question pour laquelle la décision de l'arbitre appelait la déférence : Oliver a-t-il été congédié pour un motif valable?

Toutefois, je le répète, même si la question tranchée par l'arbitre en l'espèce peut se scinder en

74

75

76

be separated into two distinct issues, one of which is reviewable on a correctness standard, should not be taken to mean that this will often be the case. Such cases are rare; the various strands that go into a decision are more likely to be inextricably intertwined, particularly in a complex field such as labour relations, such that the reviewing court should view the adjudicator's decision as an integrated whole.

(2) The Patent Unreasonableness Standard of Review

77

In these reasons, I explore the way in which patent unreasonableness is currently functioning, having regard to the relationships between this standard and both correctness and reasonableness *simpliciter*. My comments in this respect are intended to have application in the context of judicial review of administrative decision making.

(a) *The Definitions of Patent Unreasonableness*

78

This Court has set out a number of definitions of "patent unreasonableness", each of which is intended to indicate the high degree of deference inherent in this standard of review. There is some overlap between the definitions and they are often used in combination. I would characterize the two main definitional strands as, first, those that emphasize the magnitude of the defect necessary to render a decision patently unreasonable and, second, those that focus on the "immediacy or obviousness" of the defect, and thus the relative invasiveness of the review necessary to find it.

79

In considering the leading definitions, I would place in the first category Dickson J.'s (as he then was) statement in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("CUPE"), that a decision will only be patently unreasonable if it "cannot be rationally supported by the relevant legislation" (p. 237). Cory J.'s characterization in *PSAC, supra*, of patent unreasonableness as a "very strict test",

deux questions distinctes dont l'une peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision correcte, cela n'arrive que rarement. Les divers éléments qui sous-tendent une décision ont plus de chance d'être inextricablement liés les uns aux autres, en particulier dans un domaine complexe comme celui des relations de travail, de sorte que la cour de justice chargée du contrôle doit considérer que la décision du tribunal forme un tout.

(2) La norme de la décision manifestement déraisonnable

Dans les présents motifs, je me penche sur la manière dont le critère de la décision manifestement déraisonnable s'applique à l'heure actuelle, compte tenu des liens existant entre cette norme et celles de la décision correcte et de la décision raisonnable *simpliciter*. Mes observations à cet égard valent dans le contexte du contrôle judiciaire de la décision d'une instance administrative de nature juridictionnelle.

a) *Les définitions du caractère manifestement déraisonnable*

Notre Cour a donné un certain nombre de définitions du « caractère manifestement déraisonnable », chacune d'elles devant indiquer le degré élevé de déférence inhérent à cette norme de contrôle. L'on observe un chevauchement entre les définitions, qui sont souvent combinées les unes aux autres. Elles appartiennent à deux catégories principales. La première met l'accent sur l'importance du défaut requis pour qu'une décision soit manifestement déraisonnable. La deuxième insiste sur le caractère « flagrant ou évident » du défaut et, par conséquent, sur le caractère plus ou moins envahissant du contrôle nécessaire à sa mise au jour.

Pour analyser les principales définitions, je mettrais dans la première catégorie celle du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« SCFP ») : une décision n'est manifestement déraisonnable que si elle est « déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente »

which will only be met where a decision is “clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason” (pp. 963-64), would also fit into this category (though it could, depending on how it is read, be placed in the second category as well).

In the second category, I would place Iacobucci J.’s description in *Southam, supra*, of a patently unreasonable decision as one marred by a defect that is characterized by its “immediacy or obviousness”: “If the defect is apparent on the face of the tribunal’s reasons, then the tribunal’s decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable” (para. 57).

More recently, in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, Iacobucci J. characterized a patently unreasonable decision as one that is “so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand”, drawing on both of the definitional strands that I have identified in formulating this definition. He wrote, at para. 52:

In *Southam, supra*, at para. 57, the Court described the difference between an unreasonable decision and a patently unreasonable one as rooted “in the immediacy or obviousness of the defect”. Another way to say this is that a patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as “clearly irrational” or “evidently not in accordance with reason” (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at pp. 963-64, per Cory J.; *Centre communautaire juridique de l’Estrée v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84, at paras. 9-12, per Gonthier J.). A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.

(p. 237). Dans *AFPC*, précité, le juge Cory qualifie la norme de la décision manifestement déraisonnable de « critère très strict », qui n’est respecté que lorsqu’une décision est « clairement irrationnelle, c’est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison » (p. 963-964). Cette définition appartient également à la première catégorie (bien qu’elle puisse également faire partie de la seconde, selon l’interprétation qu’on en fait).

Figure dans la seconde catégorie la définition proposée par le juge Iacobucci dans *Southam*, précité, savoir une décision entachée, de manière « flagrante ou évidente » d’un défaut : « Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s’il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable » (par. 57).

Plus récemment, dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, le juge Iacobucci a qualifié de manifestement déraisonnable la décision qui est « à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir », en faisant appel aux deux catégories susmentionnées pour concevoir cette définition. Voici ses commentaires à ce propos (au par. 52) :

Dans *Southam*, précité, par. 57, la Cour explique que la différence entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable réside « dans le caractère flagrant ou évident du défaut ». Autrement dit, dès qu’un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. La décision manifestement déraisonnable a été décrite comme étant « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la raison » (*Canada (procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, p. 963-964, le juge Cory; *Centre communautaire juridique de l’Estrée c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84, par. 9-12, le juge Gonthier). Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

80

81

82

Similarly, in *C.U.P.E. v. Ontario, supra*, Binnie J. yoked together the two definitional strands, describing a patently unreasonable decision as “one whose defect is ‘immedia[te] and obviou[s]’ (*Southam, supra*, at para. 57), and so flawed in terms of implementing the legislative intent that no amount of curial deference can properly justify letting it stand (*Ryan, supra*, at para. 52)” (para. 165 (emphasis added)).

De même, dans *S.C.F.P. c. Ontario*, précité, le juge Binnie a lié les deux catégories en qualifiant de décision manifestement déraisonnable « celle qui comporte un défaut “flagrant et évident” (*Southam*, précité, par. 57) et qui est à ce point viciée, pour ce qui est de mettre à exécution l’intention du législateur, qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier logiquement de la maintenir (*Ryan*, précité, par. 52) » (par. 165 (je souligne)).

83

It has been suggested that the Court’s various formulations of the test for patent unreasonableness are “not independent, alternative tests. They are simply ways of getting at the single question: What makes something patently unreasonable?” (*C.U.P.E. v. Ontario, supra*, at para. 20, *per* Bastarache J., dissenting). While this may indeed be the case, I nonetheless think it important to recognize that, because of what are in some ways subtle but nonetheless quite significant differences between the Court’s various answers to this question, the parameters of “patent unreasonableness” are not as clear as they could be. This has contributed to the growing difficulties in the application of this standard that I discuss below.

L’on a suggéré à propos des différentes formulations du critère par notre Cour qu’« [i]l s’[agissait] non pas de critères indépendants ou de rechange, mais simplement de façons d’exprimer la seule question qui se pose : qu’est-ce qui fait qu’une chose est manifestement déraisonnable? » (*S.C.F.P. c. Ontario*, précité, par. 20, le juge Bastarache, dissident). Bien que ce puisse être effectivement le cas, il me paraît néanmoins important de reconnaître que, en raison de ce qui constitue, sous certains rapports, des différences subtiles, mais quand même assez importantes entre les diverses réponses de notre Cour à cette question, les paramètres du « manifestement déraisonnable » ne sont pas aussi clairs qu’ils pourraient l’être. Ce qui a contribué à rendre de plus en plus difficile l’application de cette norme, ce sur quoi je me penche ci-après.

(b) *The Interplay Between the Patent Unreasonableness and Correctness Standards*

b) *L’interaction entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte*

84

As I observed in *Chamberlain, supra*, the difference between review on a standard of correctness and review on a standard of patent unreasonableness is “intuitive and relatively easy to observe” (*Chamberlain, supra*, at para. 204, *per* LeBel J.). These standards fall on opposite sides of the existing spectrum of curial deference, with correctness entailing an exacting review and patent unreasonableness leaving the issue in question to the near exclusive determination of the decision maker (see *Dr. Q, supra*, at para. 22). Despite the clear conceptual boundary between these two standards, however, the distinction between them is not always as readily discernable in practice as one would expect.

Comme je l’ai fait remarquer dans *Chamberlain*, précité, la différence entre le contrôle selon la norme de la décision correcte et le contrôle selon la norme de la décision manifestement déraisonnable est « intuitive et relativement facile à constater » (*Chamberlain*, précité, par. 204, le juge LeBel). Ces normes se situent aux deux extrémités de l’échelle de la déférence judiciaire, un contrôle judiciaire serré s’imposant dans le cas de la première et la question étant laissée à l’appréciation quasi exclusive du décideur dans le cas de la seconde (voir *Dr. Q*, précité, par. 22). Malgré la frontière conceptuelle qui sépare clairement ces deux normes, en pratique, il n’est pas toujours aussi facile que l’on pourrait le croire de les distinguer.

(i) Patent Unreasonableness and Correctness in Theory

In terms of understanding the interplay between patent unreasonableness and correctness, it is of interest that, from the beginning, there seems to have been at least some conceptual uncertainty as to the proper breadth of patent unreasonableness review. In *CUPE, supra*, Dickson J. offered two characterizations of patent unreasonableness that tend to pull in opposite directions (see D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 69; see also H. W. MacLauchlan, “Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 281, at pp. 285-86).

Professor Mullan explains that, on the one hand, Dickson J. rooted review for patent unreasonableness in the recognition that statutory provisions are often ambiguous and thus may allow for multiple interpretations; the question for the reviewing court is whether the adjudicator’s interpretation is one that can be “rationally supported by the relevant legislation” (*CUPE, supra*, at p. 237). On the other hand, Dickson J. also invoked an idea of patent unreasonableness as a threshold defined by certain nullifying errors, such as those he had previously enumerated in *Service Employees’ International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382 (“*Nipawin*”), at p. 389, and in *CUPE, supra*, at p. 237:

... acting in bad faith, basing the decision on extraneous matters, failing to take relevant factors into account, breaching the provisions of natural justice or misinterpreting provisions of the Act so as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it.

Curiously, as Mullan notes, this list “repeats the list of ‘nullifying’ errors that Lord Reid laid out in the landmark House of Lords’ judgment” in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969]

(i) La norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte, en théorie

Pour comprendre l’interaction entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte, il vaut la peine de signaler que, dès le début, il semble avoir existé, à tout le moins, un certain degré d’incertitude conceptuelle quant à la juste portée du contrôle selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Dans *SCFP*, précité, le juge Dickson a défini le caractère manifestement déraisonnable de deux manières, qui tendaient à orienter la mise en application de ce critère dans des directions opposées (voir D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 69; voir également H. W. MacLauchlan, « Transforming Administrative Law : The Didactic Role of the Supreme Court of Canada » (2001), 80 *R. du B. can.* 281, p. 285-286).

Le professeur Mullan explique que, d’une part, le juge Dickson a justifié le contrôle visant à faire ressortir le caractère manifestement déraisonnable par le fait que les dispositions législatives sont souvent ambiguës et peuvent donc se prêter à de multiples interprétations; la question que doit poser la cour est de savoir si l’interprétation du tribunal peut « rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente » (*SCFP*, précité, p. 237). D’autre part, le juge Dickson a également assimilé la décision manifestement déraisonnable à une décision entachée de certaines erreurs emportant annulation, comme celles qu’il avait auparavant énumérées dans *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382 (« *Nipawin* »), p. 389, et *SCFP*, précité, p. 237 :

... le fait d’agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la question, d’omettre de tenir compte de facteurs pertinents, d’enfreindre les règles de la justice naturelle ou d’interpréter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont il n’est pas saisi.

Curieusement, comme le fait observer Mullan, cette énumération [TRADUCTION] « reprend la liste des erreurs emportant annulation que lord Reid a dressée dans l’arrêt de principe de la

85

86

87

2 A.C. 147. *Anisminic* “is usually treated as the foundation case in establishing in English law the reviewability of all issues of law on a correctness basis” (emphasis added), and, indeed, the Court “had cited with approval this portion of Lord Reid’s judgment and deployed it to justify judicial intervention in a case described as the ‘high water mark of activist’ review in Canada: *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*”, [1970] S.C.R. 425 (see Mullan, *Administrative Law, supra*, at pp. 69-70; see also *National Corn Growers, supra*, at p. 1335, *per Wilson J.*).

Chambre des lords » *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147. Cet arrêt [TRADUCTION] « est habituellement considéré comme fondamental, en droit anglais, pour ce qui est de l’assujettissement de toutes les décisions relatives à une question de droit au contrôle selon la norme de la décision correcte » (je souligne). En fait, notre Cour [TRADUCTION] « a cité en l’approuvant cet extrait des motifs de lord Reid et l’a invoqué pour justifier l’intervention judiciaire dans une affaire qualifiée de “point culminant” du contrôle “activiste” au Canada : *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796* », [1970] R.C.S. 425 (voir Mullan, *Administrative Law, op. cit.*, p. 69-70; voir également *National Corn Growers*, précité, p. 1335, la juge Wilson).

88 In characterizing patent unreasonableness in *CUPE*, then, Dickson J. simultaneously invoked a highly deferential standard (choice among a range of reasonable alternatives) and a historically interventionist one (based on the presence of nullifying errors). For this reason, as Mullan acknowledges, “it is easy to see why Dickson J.’s use of [the quotation from *Anisminic*] is problematic” (Mullan, *Administrative Law, supra*, at p. 70).

Dans *SCFP*, pour caractériser la norme du manifestement déraisonnable, le juge Dickson a ensuite invoqué simultanément un degré élevé de déférence (choix parmi un ensemble de solutions raisonnables possibles) et une attitude historiquement interventionniste (fondée sur l’existence d’erreurs emportant annulation). C’est pourquoi, pour citer Mullan, [TRADUCTION] « il est facile de comprendre que le renvoi à *Anisminic* soit problématique » (Mullan, *Administrative Law, op. cit.*, p. 70).

89 If Dickson J.’s reference to *Anisminic* in *CUPE, supra*, suggests some ambiguity as to the intended scope of “patent unreasonableness” review, later judgments also evidence a somewhat unclear relationship between patent unreasonableness and correctness in terms of establishing and, particularly, applying the methodology for review under the patent unreasonableness standard. The tension in this respect is rooted, in part, in differing views of the premise from which patent unreasonableness review should begin. A useful example is provided by *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983 (“*Paccar*”).

Si, dans *SCFP*, précité, le renvoi du juge Dickson à *Anisminic* suggère la présence d’une certaine ambiguïté quant à la portée prévue du contrôle selon la norme du manifestement déraisonnable, des jugements ultérieurs ont également fait ressortir l’existence d’un rapport quelque peu problématique entre cette norme et celle de la décision correcte pour ce qui est de l’établissement et, surtout, de l’application de la démarche que commande la norme du manifestement déraisonnable. La tension à cet égard tient en partie à des désaccords sur l’hypothèse de départ du contrôle selon la norme du manifestement déraisonnable. *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983 (« *Paccar* »), en est un bon exemple.

90 In *Paccar*, Sopinka J. (Lamer J. (as he then was) concurring) described the proper approach under the patent unreasonableness standard as

Dans *Paccar*, le juge Sopinka (motifs concourants du juge Lamer (plus tard Juge en chef)) a dit que, dans le cadre de la démarche appropriée



one in which the reviewing court first queries whether the administrative adjudicator's decision is correct: "curial deference does not enter the picture until the court finds itself in disagreement with the tribunal. Only then is it necessary to consider whether the error (so found) is within or outside the boundaries of reasonableness" (p. 1018). As Mullan has observed, this approach to patent unreasonableness raises concerns in that it not only conflicts "with the whole notion espoused by Dickson J. in [*CUPE, supra*] of there often being no single correct answer to statutory interpretation problems but it also assumes the primacy of the reviewing court over the agency or tribunal in the delineation of the meaning of the relevant statute" (Mullan, "Recent Developments in Standard of Review", *supra*, at p. 20).

In my view, this approach presents additional problems as well. Reviewing courts may have difficulty ruling that "an error has been committed but . . . then do[ing] nothing to correct that error on the basis that it was not as big an error as it could or might have been" (see Mullan, "Recent Developments in Standard of Review", *supra*, at p. 20; see also D. J. Mullan, "Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review" (1991), 45 Admin. L.R. 264, at pp. 269-70). Furthermore, starting from a finding that the adjudicator's decision is incorrect may colour the reviewing court's subsequent assessment of the reasonableness of competing interpretations (see M. Allars, "On Deference to Tribunals, With Deference to Dworkin" (1994), 20 *Queen's L.J.* 163, at p. 187). The result is that the critical distinction between that which is, in the court's eyes, "incorrect" and that which is "not rationally supportable" is undermined.

The alternative approach is to leave the "correctness" of the adjudicator's decision undecided (see Allars, *supra*, at p. 197). This is essentially the approach that La Forest J. (Dickson C.J.

pour l'application de la norme du manifestement déraisonnable, la cour de justice se demande tout d'abord si la décision du tribunal administratif est correcte : « la retenue judiciaire n'entre en jeu que si la cour de justice est en désaccord avec le tribunal administratif. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'il est nécessaire de se demander si l'erreur (ainsi découverte) est raisonnable ou déraisonnable » (p. 1018). Comme Mullan le fait observer, cette démarche soulève des inquiétudes en ce que non seulement elle est entièrement incompatible [TRADUCTION] « avec la position du juge Dickson dans [*SCFP, précité*], savoir qu'il arrive souvent qu'un problème d'interprétation législative n'appelle pas qu'une seule solution, mais elle suppose également la prépondérance de la cour de justice sur l'organisme ou le tribunal administratif lorsqu'il s'agit de circonscrire la portée des dispositions en cause » (Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 20).

À mon avis, cette démarche comporte des difficultés supplémentaires. Il peut être difficile pour une cour de justice de conclure qu'[TRADUCTION] « une erreur a été commise [. . .] et de s'abstenir de la corriger au motif qu'elle n'est pas aussi importante qu'elle aurait pu l'être » (voir Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 20; voir également D. J. Mullan, « Of Chaff Midst the Corn : American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review » (1991), 45 Admin. L.R. 264, p. 269-270). De plus, conclure tout d'abord que la décision du tribunal est incorrecte peut orienter l'analyse subséquente visant à déterminer si d'autres interprétations sont raisonnables (voir M. Allars, « On Deference to Tribunals, With Deference to Dworkin » (1994), 20 *Queen's L.J.* 163, p. 187). La distinction cruciale entre ce qui, de l'avis de la cour de justice, est « incorrect » et ce qui « n'est pas rationnellement défendable » est alors compromise.

L'autre solution veut que la cour de justice s'abstienne de décider si la décision du tribunal administratif est « correcte » (voir Allars, *loc. cit.*, p. 197). Il s'agit essentiellement de la

concurring) took to patent unreasonableness in *Paccar, supra*. He wrote, at pp. 1004 and 1005:

The courts must be careful to focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it.

I do not find it necessary to conclusively determine whether the decision of the Labour Relations Board is “correct” in the sense that it is the decision I would have reached had the proceedings been before this Court on their merits. It is sufficient to say that the result arrived at by the Board is not patently unreasonable.

93 It is this theoretical view that has, at least for the most part, prevailed. As L’Heureux-Dubé J. observed in *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793 (“*CUPE, Local 301*”), “this Court has stated repeatedly, in assessing whether administrative action is patently unreasonable, the goal is not to review the decision or action on its merits but rather to determine whether it is patently unreasonable, given the statutory provisions governing the particular body and the evidence before it” (para. 53). Patent unreasonableness review, in other words, should not “become an avenue for the court’s substitution of its own view” (*CUPE, Local 301, supra*, at para. 59; see also *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pp. 771 and 774-75).

94 This view was recently forcefully rearticulated in *Ryan, supra*. Iacobucci J. wrote, at paras. 50-51:

[W]hen deciding whether an administrative action was unreasonable, a court should not at any point ask itself what the correct decision would have been. . . . The standard of reasonableness does not imply that a decision maker is merely afforded a “margin of error” around what the court believes is the correct result.

démarche préconisée par le juge La Forest (motifs concourants du juge en chef Dickson) dans *Paccar*, précité. Il a dit aux p. 1004 et 1005 :

Les cours de justice doivent prendre soin de vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d’accord avec celle-ci.

J’estime qu’il n’est pas nécessaire de déterminer de façon concluante si la décision de la Commission est « juste » en ce sens que c’est la décision à laquelle je serais parvenu si la cause avait été entendue quant au fond par notre Cour. Il suffit de dire que le résultat auquel la Commission est arrivée n’est pas manifestement déraisonnable.

Cette thèse, du moins pour l’essentiel, l’a emporté. Comme l’a fait remarquer le juge L’Heureux-Dubé dans *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793 (« *SCFP, section locale 301* »), « notre Cour l’a mentionné à plusieurs reprises, lorsqu’on évalue si une action de nature administrative est manifestement déraisonnable, l’objectif n’est pas de réviser la décision ou l’action quant au fond mais plutôt de déterminer si elle est manifestement déraisonnable, étant donné les dispositions législatives régissant ce conseil en particulier et la preuve présentée devant lui » (par. 53). En d’autres termes, l’application de la norme du manifestement déraisonnable ne doit pas « devenir un moyen pour permettre à une cour de justice de substituer sa propre opinion » (*SCFP, section locale 301*, précité, par. 59; voir également *Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 771 et 774-775).

Récemment, notre Cour a reformulé ce point de vue avec fermeté dans *Ryan*, précité, par la voix du juge Iacobucci (aux par. 50-51) :

[L]orsqu’elle décide si une mesure administrative est déraisonnable, la cour ne doit à aucun moment se demander ce qu’aurait été la décision correcte. [ . . . ] La norme de la décision raisonnable n’implique pas que l’instance décisionnelle dispose simplement d’une « marge d’erreur » par rapport à ce que la cour estime être la solution correcte.

. . . Unlike a review for correctness, there will often be no single right answer to the questions that are under review against the standard of reasonableness. . . . Even if there could be, notionally, a single best answer, it is not the court's role to seek this out when deciding if the decision was unreasonable.

Though Iacobucci J.'s comments here were made in relation to reasonableness *simpliciter*, they are also applicable to the more deferential standard of patent unreasonableness.

I think it important to emphasize that neither the case at bar, nor the companion case of *Ontario v. O.P.S.E.U.*, should be misinterpreted as a retreat from the position that in reviewing a decision under the existing standard of patent unreasonableness, the court's role is not to identify the "correct" result. In each of these cases, there were two standards of review in play: there was a fundamental legal question on which the adjudicators were subject to a standard of correctness — whether the employees' criminal convictions could be relitigated — and there was a question at the core of the adjudicators' expertise on which they were subject to a standard of patent unreasonableness — whether the employees had been dismissed for just cause. As Arbour J. has outlined, the adjudicators' failure to decide the fundamental relitigation question correctly was sufficient to lead to a patently unreasonable outcome. Indeed, in circumstances such as those at issue in the case at bar, this cannot but be the case: the adjudicators' incorrect decisions on the fundamental legal question provided the entire foundation on which their legal analyses, and their conclusions as to whether the employees were dismissed with just cause, were based. To pass a review for patent unreasonableness, a decision must be one that can be "rationally supported"; this standard cannot be met where, as here, what supports the adjudicator's decision — indeed, what that decision is wholly premised on — is a legal determination that the adjudicator was required, but failed, to decide correctly. To say, however, that in such circumstances a decision will be patently unreasonable — a conclusion that flows from the applicability of two separate standards of review — is very different from suggesting

. . . À la différence d'un examen selon la norme de la décision correcte, il y a souvent plus d'une seule bonne réponse aux questions examinées selon la norme de la décision raisonnable. [. . .] Même dans l'hypothèse où il y aurait une réponse meilleure que les autres, le rôle de la cour n'est pas de tenter de la découvrir lorsqu'elle doit décider si la décision est déraisonnable.

Même si le juge Iacobucci a tenu ces propos en liaison avec la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, ils s'appliquent également à la norme de la décision manifestement déraisonnable, qui commande une plus grande déférence.

Il me paraît important de préciser que ni les présents motifs ni ceux de l'arrêt connexe *Ontario c. S.E.E.F.P.O.* n'entendent déroger au principe voulant que la cour appelée à contrôler une décision selon la norme actuelle du manifestement déraisonnable n'ait pas à déterminer la décision « correcte ». Dans chacun de ces pourvois, deux normes de contrôle étaient en cause : la norme de la décision correcte s'appliquait à une question de droit fondamentale — les déclarations de culpabilité des employés pouvaient-elles être remises en cause — et celle de la décision manifestement déraisonnable s'appliquait à une question relevant de l'expertise même du tribunal — les employés avaient-ils été congédiés pour un motif valable. Comme l'a estimé la juge Arbour, l'omission des arbitres de trancher correctement la question fondamentale de la remise en cause était suffisante pour conclure au caractère manifestement déraisonnable de leurs décisions. En effet, dans des circonstances comme celles de la présente espèce, il ne peut en être qu'ainsi : les décisions incorrectes que les arbitres ont rendues relativement à la question de droit fondamentale ont entièrement fondé leurs analyses juridiques, de même que leurs conclusions quant à savoir si les employés avaient été congédiés pour un motif valable. Pour résister à l'analyse selon la norme du manifestement déraisonnable, la décision doit avoir un fondement rationnel; ce critère ne peut être respecté lorsque, comme en l'espèce, ce qui fonde la décision du décideur — et la sous-tend de fait en entier — est une conclusion de droit qui aurait dû être tirée correctement, ce qui n'a pas été le cas. Cependant, l'affirmation qu'en pareils cas une décision sera manifestement déraisonnable — une conclusion qui découle

that a reviewing court, before applying the standard of patent unreasonableness, must first determine whether the adjudicator's decision is (in)correct or that in applying patent unreasonableness the court should ask itself at any point in the analysis what the correct decision would be. In other words, the application of patent unreasonableness itself is not, and should not be, understood to be predicated on a finding of incorrectness, for the reasons that I discussed above.

(ii) Patent Unreasonableness and Correctness in Practice

96 While the Court now tends toward the view that La Forest J. articulated in *Paccar*, at p. 1004 — “courts must be careful [under a standard of patent unreasonableness] to focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it” — the tension between patent unreasonableness and correctness has not been completely resolved. Slippage between the two standards is still evident at times in the way in which patent unreasonableness is applied.

97 In analyzing a number of recent cases, commentators have pointed to both the intensity and the underlying character of the review in questioning whether the Court is applying patent unreasonableness in a manner that is in fact deferential. In this regard, the comments of Professor Lorne Sossin on the application of patent unreasonableness in *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079, are illustrative:

Having established that deference was owed to the statutory interpretation of the Board, the Court proceeded to dissect its interpretation. The majority was of the view that the Board had misconstrued the term “constructive lay-off” and had failed to place sufficient emphasis on the terms of the collective agreement. The majority reasons convey clearly why the Court would adopt a different approach to the Board. They are less clear as to why the Board's approach lacked a rational foundation. Indeed,

de l'applicabilité de deux normes de contrôle distinctes — diffère sensiblement de la proposition que, avant d'appliquer la norme du manifestement déraisonnable, la cour doit décider si la décision du tribunal est correcte ou non ou que, pour appliquer cette norme, la cour doit chercher, au cours de son analyse, à déterminer la décision correcte. En d'autres mots, pour les motifs exposés précédemment, l'application de la norme du manifestement déraisonnable ne saurait reposer sur la conclusion que la décision est incorrecte.

(ii) La norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte, en pratique

Bien que notre Cour incline désormais à partager l'avis du juge La Forest dans *Paccar*, p. 1004 — « [l]es cours de justice doivent prendre soin [pour l'application de la norme du manifestement déraisonnable] de vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d'accord avec celle-ci » —, le problème de la tension entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte n'a pas été entièrement résolu. Le glissement de l'une à l'autre ressort encore parfois de la manière dont est appliquée la norme de la décision manifestement déraisonnable.

Après avoir analysé un certain nombre de décisions récentes, les observateurs ont signalé l'intensité et le caractère fondamental du contrôle en se demandant si notre Cour appliquait la norme de la décision manifestement déraisonnable en faisant preuve, dans les faits, de déférence. Je cite, à titre d'exemple, les observations du professeur Lorne Sossin sur l'application de ce critère dans *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079 :

[TRADUCTION] Après avoir établi que la déférence s'imposait à l'égard de l'interprétation des dispositions législatives par le Conseil, la Cour a procédé à l'analyse approfondie de cette interprétation. Les juges majoritaires ont estimé que le Conseil avait mal interprété l'expression « mise à pied déguisée » et avait omis d'accorder suffisamment d'importance aux dispositions de la convention collective. Leurs motifs expliquent clairement la préférence d'une autre interprétation que celle

there is very little evidence of the Court according deference to the Board's interpretation of its own statute, or to its choice as to how much weight to place on the terms of the collective agreement. *Canada Safeway* raises the familiar question of how a court should demonstrate its deference, particularly in the labour relations context.

(L. Sossin, "Developments in Administrative Law: The 1997-98 and 1998-99 Terms" (2000), 11 *S.C.L.R.* (2d) 37, at p. 49)

Professor Ian Holloway makes a similar observation with regard to *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644:

In her judgment, [McLachlin J. (as she then was)] quoted from the familiar passages of *CUPE*, yet she . . . reached her decision on the basis of a review of the case law. She did not ask whether, despite the fact that it differed from holdings in other jurisdictions, the conclusion of the Newfoundland Labour Relations Board could be "rationally supported" on the basis of the wording of the successorship provisions of the *Labour Relations Act*. Instead, she looked at whether the Board had reached the correct legal interpretation of the Act in the same manner that a court of appeal would determine whether a trial judge had made a correct interpretation of the law. In other words, she effectively *equated patent unreasonability with correctness at law*.

(I. Holloway, "A Sacred Right": Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon" (1993), 22 *Man. L.J.* 28, at pp. 64-65 (emphasis in original); see also Allars, *supra*, at p. 178.)

At times the Court's application of the standard of patent unreasonableness may leave it vulnerable to criticism that it may in fact be doing implicitly what it has rejected explicitly: intervening in decisions that are, in its view, incorrect, rather than limiting any intervention to those decisions that lack a rational foundation. In the process, what should be an indelible line between correctness, on the one hand, and patent unreasonableness, on the other, becomes blurred. It may very well be that review

retenu par le Conseil. Ils sont moins explicites quant à l'absence de fondement rationnel de cette dernière. En fait, la Cour ne fait guère preuve de déférence vis-à-vis de l'interprétation, par le Conseil, de sa propre loi constitutive ou de sa détermination du poids à accorder aux dispositions de la convention collective. *Canada Safeway* soulève la question habituelle : comment une cour de justice doit-elle manifester sa déférence, en particulier dans le domaine des relations de travail?

(L. Sossin, « Developments in Administrative Law : The 1997-98 and 1998-99 Terms » (2000), 11 *S.C.L.R.* (2d) 37, p. 49)

Le professeur Ian Holloway formule des observations semblables relativement à *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644 :

[TRADUCTION] Dans ses motifs, [la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)] a cité les extraits familiers de *SCFP*, mais elle a fondé sa décision sur la jurisprudence. Elle ne s'est pas demandé si, malgré le fait qu'elle différait des décisions rendues dans d'autres ressorts, la conclusion de la Commission des relations de travail de Terre-Neuve pouvait « rationnellement » s'appuyer sur les dispositions de la *Labour Relations Act* relatives à l'obligation du successeur. Elle s'est plutôt demandé si la Commission avait correctement interprété la loi, tout comme l'aurait fait une cour d'appel pour la décision d'un juge de première instance. En d'autres termes, elle a effectivement *établi une équivalence entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision fondée en droit*.

(I. Holloway, « "A Sacred Right" : Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon » (1993) 22 *R.D. Man.* 28, p. 64-65 (en italique dans l'original); voir également Allars, *loc. cit.*, p. 178.)

Dans certains cas, lorsqu'elle applique la norme de la décision manifestement déraisonnable, l'on peut reprocher à notre Cour de faire implicitement ce qu'elle rejette explicitement, soit modifier une décision qu'elle juge incorrecte, et non seulement une décision sans fondement rationnel. Dès lors, la ligne de démarcation entre la norme de la décision correcte, d'une part, et la norme de la décision manifestement déraisonnable, d'autre part, s'obscurcit. Il est fort possible qu'un tel risque soit inhérent au

under any standard of reasonableness, given the nature of the intellectual process it involves, entails such a risk. Nevertheless, the existence of two standards of reasonableness appears to have magnified the underlying tension between the two standards of reasonableness and correctness.

(c) *The Relationship Between the Patent Unreasonableness and Reasonableness Simplificiter Standards*

100

While the conceptual difference between review on a correctness standard and review on a patent unreasonableness standard may be intuitive and relatively easy to observe (though in practice elements of correctness at times encroach uncomfortably into patent unreasonableness review), the boundaries between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* are far less clear, even at the theoretical level.

(i) The Theoretical Foundation for Patent Unreasonableness and Reasonableness *Simpliciter*

101

The lack of sufficiently clear boundaries between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* has its origins in the fact that patent unreasonableness was developed prior to the birth of the pragmatic and functional approach (see *C.U.P.E. v. Ontario, supra*, at para. 161) and, more particularly, prior to (rather than in conjunction with) the formulation of reasonableness *simpliciter* in *Southam, supra*. Because patent unreasonableness, as a posture of curial deference, was conceived in opposition only to a correctness standard of review, it was sufficient for the Court to emphasize in defining its scope the principle that there will often be no one interpretation that can be said to be correct in interpreting a statute or otherwise resolving a legal dispute, and that specialized administrative adjudicators may, in many circumstances, be better equipped than courts to choose between the possible interpretations. Where this is the case, provided that the adjudicator's decision is one that can be "rationally supported on a construction which the relevant legislation may reasonably be considered to bear",

contrôle selon une norme de raisonabilité, quelle qu'elle soit, étant donné la nature du processus intellectuel que ce contrôle suppose. Néanmoins, l'existence de deux normes de raisonabilité paraît avoir accentué la tension sous-jacente entre ces deux normes et la norme de la décision correcte.

c) *L'interaction entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable simpliciter*

La différence conceptuelle entre le contrôle selon la norme de la décision correcte et le contrôle selon la norme du manifestement déraisonnable peut être intuitive et relativement facile à constater (bien que, en pratique, des éléments du premier empiètent parfois de manière inquiétante sur le second), toutefois la frontière entre le caractère manifestement déraisonnable et le caractère raisonnable *simpliciter* est encore moins claire, même sur le plan théorique.

(i) Le fondement théorique de la norme du manifestement déraisonnable et de la norme du raisonnable *simpliciter*

L'absence d'une frontière suffisamment claire entre ces deux normes est attribuable au fait que celle du manifestement déraisonnable est apparue avant l'adoption de l'analyse pragmatique et fonctionnelle (voir *S.C.F.P. c. Ontario*, précité, par. 161) et, plus particulièrement, avant (et non en même temps que) la formulation de la norme de la décision raisonnable *simpliciter* dans *Southam*, précité. Puisque la norme de la décision manifestement déraisonnable, qui traduit une attitude de déférence judiciaire, avait été conçue par opposition uniquement à la norme de la décision correcte, il suffisait, pour en circonscrire la portée, que notre Cour mette l'accent sur l'idée que l'interprétation d'une loi ou le règlement d'un litige appelle souvent plus d'une interprétation correcte et que, dans certains cas, un tribunal administratif spécialisé peut être plus à même qu'une cour de justice de choisir entre les interprétations possibles. Le cas échéant, à condition que la décision puisse « rationnellement s'appuyer sur une interprétation qu'on peut raisonnablement considérer comme étayée par la législation

the reviewing court should not intervene (*Nipawin, supra*, at p. 389).

Upon the advent of reasonableness *simpliciter*, however, the validity of multiple interpretations became the underlying premise for this new variant of reasonableness review as well. Consider, for instance, the discussion of reasonableness *simpliciter* in *Ryan*, that I cited above:

Unlike a review for correctness, there will often be no single right answer to the questions that are under review against the standard of reasonableness. . . . Even if there could be, notionally, a single best answer, it is not the court's role to seek this out when deciding if the decision was unreasonable.

(*Ryan, supra*, at para. 51; see also para. 55.)

It is difficult to distinguish this language from that used to describe patent unreasonableness not only in the foundational judgments establishing that standard, such as *Nipawin, supra*, and *CUPE, supra*, but also in this Court's more contemporary jurisprudence applying it. In *Ivanhoe, supra*, for instance, Arbour J. stated that "the recognition by the legislature and the courts that there are many potential solutions to a dispute is the very essence of the patent unreasonableness standard of review, which would be meaningless if it was found that there is only one acceptable solution" (para. 116).

Because patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* are both rooted in this guiding principle, it has been difficult to frame the standards as analytically, rather than merely semantically, distinct. The efforts to sustain a workable distinction between them have taken, in the main, two forms, which mirror the two definitional strands of patent unreasonableness that I identified above. One of these forms distinguishes between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* on the basis of the relative magnitude of the defect. The other looks to the "immediacy or obviousness" of the defect, and thus the relative invasiveness of the review necessary to

pertinente », la cour doit s'abstenir de la modifier (*Nipawin, précité*, p. 389).

L'adoption de la norme du raisonnable *simpliciter* a cependant changé la donne, la validité d'interprétations multiples constituant également la prémisse de cette nouvelle variante du contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Considérons par exemple l'extrait suivant de *Ryan*, cité précédemment, sur la norme de la décision raisonnable *simpliciter* :

À la différence d'un examen selon la norme de la décision correcte, il y a souvent plus d'une seule bonne réponse aux questions examinées selon la norme de la décision raisonnable. [ . . . ] Même dans l'hypothèse où il y aurait une réponse meilleure que les autres, le rôle de la cour n'est pas de tenter de la découvrir lorsqu'elle doit décider si la décision est déraisonnable.

(*Ryan, précité*, par. 51; voir également par. 55.)

Il est difficile de distinguer ces propos de ceux tenus pour décrire la norme du manifestement déraisonnable, non seulement dans les arrêts ayant établi cette norme, comme *Nipawin* et *SCFP*, précités, mais aussi dans les arrêts plus récents où notre Cour l'a appliquée. Par exemple, dans *Ivanhoe*, précité, la juge Arbour fait observer que « la reconnaissance par le législateur et les tribunaux de la multiplicité de solutions qui peuvent être apportées à un différend constitue l'essence même de la norme de contrôle du manifestement déraisonnable, qui perdrait tout son sens si l'on devait juger qu'une seule solution est acceptable » (par. 116).

Comme la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter* se fondent toutes deux sur ce principe directeur, il a été difficile de concevoir qu'elles étaient distinctes du point de vue analytique, et non sur le seul plan sémantique. Les tentatives pour établir une distinction valable entre les deux normes ont principalement revêtu deux formes reflétant les deux catégories de définitions du caractère manifestement déraisonnable. L'une d'elles distingue entre manifestement déraisonnable et raisonnable *simpliciter* en fonction de l'importance relative du défaut. L'autre met l'accent sur le caractère « flagrant ou évident » du défaut et, partant sur le caractère plus ou moins envahissant

find it. Both approaches raise their own problems.

(ii) The Magnitude of the Defect

104 In *PSAC*, *supra*, at pp. 963-64, Cory J. described a patently unreasonable decision in these terms:

In the Shorter Oxford English Dictionary “patently”, an adverb, is defined as “openly, evidently, clearly”. “Unreasonable” is defined as “[n]ot having the faculty of reason; irrational. . . . Not acting in accordance with reason or good sense”. Thus, based on the dictionary definition of the words “patently unreasonable”, it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction.

While this definition may not be inherently problematic, it has become so with the emergence of reasonableness *simpliciter*, in part because of what commentators have described as the “tautological difficulty of distinguishing standards of rationality on the basis of the term ‘clearly’” (see Cowan, *supra*, at pp. 27-28; see also G. Perrault, *Le contrôle judiciaire des décisions de l’administration: De l’erreur juridictionnelle à la norme de contrôle* (2002), at p. 116; S. Comtois, *Vers la primauté de l’approche pragmatique et fonctionnelle: Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs* (2003), at pp. 34-35; P. Garant, *Droit administratif* (4th ed. 1996), vol. 2, at p. 193).

105 Mullan alludes to both the practical and the theoretical difficulties of maintaining a distinction based on the magnitude of the defect, i.e., the degree of irrationality, that characterizes a decision:

. . . admittedly in his judgment in *PSAC*, Cory J. did attach the epithet “clearly” to the word “irrational” in delineating a particular species of patent unreasonableness. However, I would be most surprised if, in so doing, he was using the term “clearly” for other than rhetorical effect. Indeed, I want to suggest . . . that to maintain a position that it is only the “clearly irrational” that will cross the threshold of patent unreasonableness while irrationality *simpliciter* will not is to make a nonsense

du processus d’analyse nécessaire à sa mise au jour. Chacune comporte ses propres difficultés.

(ii) L’importance du défaut

Dans *AFPC*, précité, p. 963-964, le juge Cory a décrit comme suit la décision manifestement déraisonnable :

Dans le Grand Larousse de la langue française, l’adjectif manifeste est ainsi défini : « Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente ». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante : « Qui n’est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens ». Eu égard donc à ces définitions des mots « manifeste » et « déraisonnable », il appert que si la décision qu’a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n’est pas clairement irrationnelle, c’est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu’il y a eu perte de compétence.

Cette définition n’était peut-être pas problématique en soi, mais elle l’est devenue lorsque la norme de la décision raisonnable *simpliciter* a vu le jour, en partie à cause de ce que les observateurs ont appelé la [TRADUCTION] « difficulté tautologique de distinguer des normes de rationalité à partir du terme “clairement” » (voir Cowan, *op. cit.*, p. 27-28; voir également G. Perrault, *Le contrôle judiciaire des décisions de l’administration: De l’erreur juridictionnelle à la norme de contrôle* (2002), p. 116; S. Comtois, *Vers la primauté de l’approche pragmatique et fonctionnelle: Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs* (2003), p. 34-35; P. Garant, *Droit administratif* (4<sup>e</sup> éd. 1996), vol. 2, p. 193).

Mullan fait allusion aux difficultés tant pratiques que théoriques du maintien d’une distinction fondée sur l’importance du défaut, c’est-à-dire sur le degré d’irrationalité d’une décision :

[TRADUCTION] . . . il est vrai que dans *AFPC*, le juge Cory a accolé l’épithète « clairement » au mot « irrationnelle » en faisant état d’un cas particulier de décision manifestement déraisonnable. Cependant, je serais fort étonné qu’il ait employé l’adverbe « clairement » pour autre chose qu’un effet de rhétorique. En fait, soutenir que seule la décision « clairement irrationnelle » est manifestement déraisonnable, à l’exclusion de celle qui est irrationnelle *simpliciter*, vide de sens la règle de droit.



of the law. Attaching the adjective “clearly” to irrational is surely a tautology. Like “uniqueness”, irrationality either exists or it does not. There cannot be shades of irrationality. In other words, I defy any judge or lawyer to provide a concrete example of the difference between the merely irrational and the clearly irrational! In any event, there have to be concerns with a regime of judicial review which would allow any irrational decision to escape rebuke even under the most deferential standard of scrutiny.

(Mullan, “Recent Developments in Standard of Review”, *supra*, at pp. 24-25)

Also relevant in this respect are the comments of Reed J. in *Hao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 184 F.T.R. 246, at para. 9:

I note that I have never been convinced that “patently unreasonable” differs in a significant way from “unreasonable”. The word “patently” means clearly or obviously. If the unreasonableness of a decision is not clear or obvious, I do not see how that decision can be said to be unreasonable.

Even a brief review of this Court’s descriptions of the defining characteristics of patently unreasonable and unreasonable decisions demonstrates that it is difficult to sustain a meaningful distinction between two forms of reasonableness on the basis of the magnitude of the defect, and the extent of the decision’s resulting deviation from the realm of the reasonable. Under both standards, the reviewing court’s inquiry is focussed on “the existence of a rational basis for the [adjudicator’s] decision” (see, for example, *Paccar, supra*, at p. 1004, *per La Forest J.*; *Ryan, supra*, at paras. 55-56). A patently unreasonable decision has been described as one that “cannot be sustained on any reasonable interpretation of the facts or of the law” (*National Corn Growers, supra*, at pp. 1369-70, *per Gonthier J.*), or “rationally supported on a construction which the relevant legislation may reasonably be considered to bear” (*Nipawin, supra*, at p. 389). An unreasonable decision has been described as one for which there are “no lines of reasoning supporting the decision which could reasonably lead

Rattacher l’adverbe « clairement » à l’adjectif « irrationnelle » est certes une tautologie. Tout comme l’« unicité », l’irrationalité est ou n’est pas. Une décision ne peut être un peu irrationnelle. En d’autres termes, je mets au défi tout juge ou avocat d’illustrer concrètement la différence entre une décision simplement irrationnelle et une décision clairement irrationnelle! Quoi qu’il en soit, il y a lieu de s’inquiéter d’un régime de contrôle judiciaire qui permet le maintien d’une décision irrationnelle, même lorsque s’applique la norme commandant le degré le plus élevé de déférence.

(Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 24-25)

Sont également pertinentes à ce propos ces observations de la juge Reed dans *Hao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 296 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), par. 9 :

Je fais remarquer que je n’ai jamais été convaincue que la norme de la « décision manifestement déraisonnable » différerait sensiblement de celle de la « décision déraisonnable ». Le mot « manifestement » veut dire clairement ou de toute évidence. Si le caractère déraisonnable d’une décision n’est ni clair, ni évident, je ne vois pas comment cette décision peut être considérée comme déraisonnable.

Même un bref examen des caractéristiques que notre Cour a attribuées aux décisions manifestement déraisonnables et aux décisions déraisonnables fait ressortir qu’il est extrêmement difficile, sinon impossible, de maintenir entre ces deux formes du critère de la décision raisonnable une distinction véritable fondée sur la gravité du défaut et l’importance de l’écart entre la décision et une décision raisonnable. Pour l’application de l’une et l’autre des normes, la cour doit prendre soin de vérifier « si la décision du tribunal a un fondement rationnel » (voir par exemple *Paccar*, précité, p. 1004, le juge La Forest; *Ryan*, précité, par. 55-56). L’on a affirmé de la décision manifestement déraisonnable qu’elle « ne saurait être maintenue selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit » (*National Corn Growers*, précité, p. 1369, le juge Gonthier) ni « rationnellement s’appuyer sur une interprétation qu’on peut raisonnablement considérer comme étayée par la législation pertinente » (*Nipawin*, précité, p. 389). Notre Cour a ajouté par ailleurs de la décision déraisonnable qu’« aucun des raisonnements

that tribunal to reach the decision it did” (*Ryan, supra*, at para. 53).

107

Under both patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, mere disagreement with the adjudicator’s decision is insufficient to warrant intervention (see, for example, *Paccar, supra*, at pp. 1003-4, *per La Forest J.*, and *Chamberlain, supra*, at para. 15, *per McLachlin C.J.*). Applying the patent unreasonableness standard, “the court will defer even if the interpretation given by the tribunal . . . is not the ‘right’ interpretation in the court’s view nor even the ‘best’ of two possible interpretations, so long as it is an interpretation reasonably attributable to the words of the agreement” (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 341). In the case of reasonableness *simpliciter*, “a decision may satisfy the . . . standard if it is supported by a tenable explanation even if this explanation is not one that the reviewing court finds compelling” (*Ryan, supra*, at para. 55). There seems to me to be no qualitative basis on which to differentiate effectively between these various characterizations of a rationality analysis; how, for instance, would a decision that is not “tenably supported” (and is thus “merely” unreasonable) differ from a decision that is not “rationally supported” (and is thus patently unreasonable)?

108

In the end, the essential question remains the same under both standards: was the decision of the adjudicator taken in accordance with reason? Where the answer is no, for instance because the legislation in question cannot rationally support the adjudicator’s interpretation, the error will invalidate the decision, regardless of whether the standard applied is reasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness (see D. K. Lovett, “That Curious Curial Deference Just Gets Curiouser and Curiouser — *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*” (1997), 55 *Advocate (B.C.)* 541, at p. 545). Because the two variants of reasonableness

avancés pour étayer la décision ne pouvait raisonnablement amener le tribunal à rendre la décision prononcée » (*Ryan, précité*, par. 53).

Suivant les normes actuelles du manifestement déraisonnable et du raisonnable *simpliciter*, le seul désaccord avec la décision du tribunal ne suffit pas pour justifier l’intervention de la cour (voir par exemple *Paccar, précité*, p. 1003-1004, le juge La Forest, et *Chamberlain, précité*, par. 15, le juge en chef McLachlin). Lorsqu’elle appliquera la norme de la décision manifestement déraisonnable, « la cour de justice fera preuve de retenue même si, à son avis, l’interprétation qu’a donnée le tribunal [. . .] n’est pas la “bonne” ni même la “meilleure” de deux interprétations possibles, pourvu qu’il s’agisse d’une interprétation que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention » (*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 341). Au regard de la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, « une décision peut satisfaire à la norme du raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n’est pas convaincante aux yeux de la cour de révision » (*Ryan, précité*, par. 55). Il me paraît n’y avoir aucune différence qualitative réelle entre ces définitions d’une analyse axée sur la recherche d’un fondement rationnel; comment, par exemple, une décision non « fondée sur une explication raisonnable » (et donc « simplement » déraisonnable) se distingue-t-elle d’une décision qui ne peut « raisonnablement s’appuyer » sur la législation pertinente (et qui est donc manifestement déraisonnable)?

En fin de compte, la question essentielle demeure la même pour les deux normes : la décision du tribunal est-elle conforme à la raison? Si la réponse est négative du fait que, par exemple, les dispositions en cause ne peuvent rationnellement appuyer l’interprétation du tribunal, l’erreur entraîne l’invalidation de la décision, que la norme appliquée soit celle du raisonnable *simpliciter* ou du manifestement déraisonnable (voir D. K. Lovett, « That Curious Curial Deference Just Gets Curiouser and Curiouser — *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* » (1997), 55 *Advocate (B.C.)* 541, p. 545). Puisque les deux variantes de la norme de

are united at their theoretical source, the imperative for the reviewing court to intervene will turn on the conclusion that the adjudicator's decision deviates from what falls within the ambit of the reasonable, not on "fine distinctions" between the test for patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* (see Falzon, *supra*, at p. 33).

The existence of these two variants of reasonableness review forces reviewing courts to continue to grapple with the significant practical problems inherent in distinguishing meaningfully between the two standards. To the extent that a distinction is advanced on the basis of the relative severity of the defect, this poses not only practical difficulties but also difficulties in principle, as this approach implies that patent unreasonableness, in requiring "clear" rather than "mere" irrationality, allows for a margin of appreciation for decisions that are not in accordance with reason. In this respect, I would echo Mullan's comments that there would "have to be concerns with a regime of judicial review which would allow any irrational decision to escape rebuke even under the most deferential standard of scrutiny" (Mullan, "Recent Developments in Standard of Review", *supra*, at p. 25).

(iii) The "Immediacy or Obviousness" of the Defect

There is a second approach to distinguishing between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* that requires discussion. *Southam*, *supra*, at para. 57, emphasized the "immediacy or obviousness" of the defect:

The difference between "unreasonable" and "patently unreasonable" lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable.

In my view, two lines of difficulty have emerged from emphasizing the "immediacy or obvious-

la décision raisonnable possèdent le même fondement théorique, l'intervention de la cour de justice s'appuiera sur sa conclusion selon laquelle la décision du tribunal déborde des limites du raisonnable, et non sur de « subtiles nuances » entre le critère du manifestement déraisonnable et celui du raisonnable *simpliciter* (voir Falzon, *loc. cit.*, p. 33).

L'existence de ces deux variantes de la norme de la décision raisonnable contraint la cour chargée du contrôle à continuer à affronter les grandes difficultés d'ordre pratique que comporte en soi l'établissement d'une distinction réelle entre les deux normes. Une distinction proposée sur le fondement de la gravité relative du défaut comporte non seulement des difficultés d'ordre pratique, mais soulève également des questions de principe, en ce qu'elle suppose que la norme du manifestement déraisonnable, en exigeant que la décision soit « clairement », et non « simplement », irrationnelle, offre une marge de manœuvre dans l'appréciation des décisions qui ne sont pas conformes à la raison. À cet égard, je me permets de rappeler les propos de Mullan selon lesquels [TRADUCTION] « il y a lieu de s'inquiéter d'un régime de contrôle judiciaire qui permet le maintien d'une décision irrationnelle, même lorsque s'applique la norme commandant le degré le plus élevé de déférence » (Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 25).

(iii) Le caractère flagrant ou évident du défaut

Il convient d'examiner un autre critère appliqué pour distinguer entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*. Dans *Southam*, précité, par. 57, notre Cour a mis l'accent sur le caractère « flagrant ou évident » du défaut :

La différence entre « déraisonnable » et « manifestement déraisonnable » réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable.

À mon avis, l'insistance sur le caractère « flagrant ou évident » du défaut et, partant, sur la nature

109

110

111

ness” of the defect, and thus the relative invasiveness of the review necessary to find it, as a means of distinguishing between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*. The first is the difficulty of determining how invasive a review is invasive enough, but not too invasive, in each case. The second is the difficulty that flows from ambiguity as to the intended meaning of “immediacy or obviousness” in this context: is it the obviousness of the defect in the sense of its transparency on the face of the decision that is the defining characteristic of patent unreasonableness review (see J. L. H. Sprague, “Another View of *Baker*” (1999), 7 *Reid’s Administrative Law* 163, at pp. 163 and 165, note 5), or is it rather the obviousness of the defect in terms of the ease with which, once found, it can be identified as severe? The latter interpretation may bring with it difficulties of the sort I referred to above — i.e., attempting to qualify degrees of irrationality. The former interpretation, it seems to me, presents problems of its own, which I discuss below.

112 Turning first to the difficulty of actually applying a distinction based on the “immediacy or obviousness” of the defect, we are confronted with the criticism that the “somewhat probing examination” criterion (see *Southam, supra*, at para. 56) is not clear enough (see D. W. Elliott, “*Suresh* and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Tailor?” (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 469, at pp. 486-87). As Elliott notes: “[t]he distinction between a ‘somewhat probing examination’ and those which are simply probing, or are less than probing, is a fine one. It is too fine to permit courts to differentiate clearly among the three standards.”

113 This Court has itself experienced some difficulty in consistently performing patent unreasonableness review in a way that is less probing than the “somewhat probing” analysis that is the hallmark of reasonableness *simpliciter*. Despite the fact that a less invasive review has been described as a defining characteristic of the standard of patent unreasonableness, in a number of the Court’s recent decisions, including *Toronto (City) Board of Education, supra*,

plus ou moins envahissante de l’examen nécessaire à sa découverte, pour distinguer entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*, a fait naître deux difficultés. La première est de circonscrire dans chacun des cas l’examen qui est assez envahissant sans l’être trop. La deuxième se retrouve dans l’ambiguïté de la définition du caractère « flagrant ou évident » dans ce contexte : est-ce le caractère évident du défaut, le fait qu’il ressorte à première vue de la décision, qui définit fondamentalement le contrôle selon la norme du manifestement déraisonnable (voir J. L. H. Sprague, « Another View of *Baker* » (1999), 7 *Reid’s Administrative Law* 163, p. 163 et 165, note 5) ou s’agit-il plutôt du caractère évident du défaut, compte tenu de la facilité avec laquelle il peut être qualifié de grave après sa découverte? Cette dernière interprétation peut poser des problèmes semblables à ceux mentionnés précédemment — l’établissement d’une échelle de l’irrationalité. La première interprétation me paraît comporter ses propres difficultés, dont je fais état ci-après.

En ce qui concerne tout d’abord la difficulté d’appliquer *de facto* une distinction fondée sur le caractère « flagrant ou évident » du défaut, d’aucuns ont déploré que le critère de l’« examen assez poussé » (voir *Southam*, précité, par. 56) ne soit pas suffisamment clair (voir D. W. Elliott, « *Suresh* and the Common Borders of Administrative Law : Time for the Tailor? » (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 469, p. 486-487). Comme le fait observer Elliott : [TRADUCTION] « [I]a nuance entre un “examen assez poussé” et un examen simplement poussé ou moins poussé, est subtile. Elle est trop subtile pour permettre aux cours de justice de différencier clairement les trois normes. »

Notre Cour a elle-même eu du mal à effectuer, dans tous les cas d’application de la norme du manifestement déraisonnable, un examen moins poussé par rapport à l’examen « assez poussé » qui caractérise la norme du raisonnable *simpliciter*. Même si l’on a affirmé qu’un examen moins envahissant constituait la caractéristique fondamentale de la norme du manifestement déraisonnable, dans un certain nombre d’arrêts récents, y compris *Conseil*

and *Ivanhoe*, *supra*, one could fairly characterize the Court's analysis under this standard as at least "somewhat" probing in nature.

Even prior to *Southam* and the development of reasonableness *simpliciter*, there was some uncertainty as to how intensely patent unreasonableness review is to be performed. This is particularly evident in *National Corn Growers*, *supra* (see generally Mullan, "Of Chaff Midst the Corn", *supra*; Mullan, *Administrative Law*, *supra*, at pp. 72-73). In that case, while Wilson J. counselled restraint on the basis of her reading of *CUPE*, *supra*, Gonthier J., for the majority, performed quite a searching review of the decision of the Canadian Import Tribunal. He reasoned, at p. 1370, that "[i]n some cases, the unreasonableness of a decision may be apparent without detailed examination of the record. In others, it may be no less unreasonable but this can only be understood upon an in-depth analysis."

*Southam* itself did not definitively resolve the question of how invasively review for patent unreasonableness should be performed. An intense review would seem to be precluded by the statement that, "if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable" (para. 57). The possibility that, in certain circumstances, quite a thorough review for patent unreasonableness will be appropriate, however, is left open: "[i]f the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem" (para. 57).

This brings me to the second problem: in what sense is the defect immediate or obvious? *Southam* left some ambiguity on this point. As I have outlined, on the one hand, a patently unreasonable decision is understood as one that is

*de l'éducation de Toronto (Cité)* et *Ivanhoe*, précités, l'on peut qualifier d'« assez » poussée, à tout le moins, l'analyse que notre Cour a effectuée en fonction de cette norme.

Même avant *Southam* et l'élaboration de la norme du raisonnable *simpliciter*, un degré d'incertitude régnait quant au caractère plus ou moins approfondi que devait revêtir le contrôle en fonction de la norme du manifestement déraisonnable. Cela ressort particulièrement de *National Corn Growers*, précité (voir généralement Mullan, « Of Chaff Midst the Corn », *loc. cit.*; Mullan, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 72-73). Dans cette affaire, alors que, se fondant sur son interprétation de *SCFP*, précité, la juge Wilson préconise la retenue, le juge Gonthier, au nom des juges majoritaires, se livre à un examen plutôt approfondi de la décision du Tribunal canadien des importations. Selon lui, « [d]ans certains cas, le caractère déraisonnable d'une décision peut ressortir sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail le dossier. Dans d'autres cas, il se peut qu'elle ne soit pas moins déraisonnable mais que cela ne puisse être constaté qu'après une analyse en profondeur » (p. 1370).

À lui seul, *Southam* n'a pas réglé définitivement la question de l'examen plus ou moins envahissant que commande la norme du manifestement déraisonnable. L'énoncé « s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable » (par. 57) paraît militer contre un examen en profondeur. Cependant, l'énoncé suivant laisse planer la possibilité que, dans certains cas, la norme de la décision manifestement déraisonnable commande un examen assez approfondi : « Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu'il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d'être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème » (par. 57).

Ces réflexions nous amènent à l'examen de la deuxième difficulté : qu'entend-on par défaut flagrant ou évident? L'arrêt *Southam* reste ambigu sur ce point. Comme je l'ai exposé, d'une part, l'on entend par décision manifestement déraison-

114

115

116

flawed by a defect that is evident on the face of the decision, while an unreasonable decision is one that is marred by a defect that it takes significant searching or testing to find. In other places, however, *Southam* suggests that the “immediacy or obviousness” of a patently unreasonable defect refers not to the ease of its detection, but rather to the ease with which, once detected, it can be identified as severe. Particularly relevant in this respect is the statement that “once the lines of the problem have come into focus, if the decision is patently unreasonable, then the unreasonableness will be evident” (para. 57). It is the (admittedly sometimes only tacit) recognition that what must in fact be evident — i.e., clear, obvious, or immediate — is the defect’s magnitude upon detection that allows for the possibility that in certain circumstances “it will simply not be possible to understand and respond to a patent unreasonableness argument without a thorough examination and appreciation of the tribunal’s record and reasoning process” (see Mullan, *Administrative Law*, *supra*, at p. 72; see also *Ivanhoe*, *supra*, at para. 34).

117

Our recent decision in *Ryan* has brought more clarity to *Southam*, but still reflects a degree of ambiguity on this issue. In *Ryan*, at para. 52, the Court held:

In *Southam*, *supra*, at para. 57, the Court described the difference between an unreasonable decision and a patently unreasonable one as rooted “in the immediacy or obviousness of the defect”. Another way to say this is that a patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as “clearly irrational” or “evidently not in accordance with reason” (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at pp. 963-64, per Cory J.; *Centre communautaire juridique de l’Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84, at paras. 9-12, per Gonthier J.). A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand. [Emphasis added.]

nable la décision qui, à première vue, est entachée d’un défaut, alors que la décision déraisonnable est celle qui est affectée d’un défaut dont la découverte exige maintes recherches ou vérifications. Toutefois, dans *Southam*, notre Cour laisse entendre par ailleurs que le caractère « flagrant ou évident » d’un défaut manifestement déraisonnable ne tient pas à la facilité de sa détection mais bien à celle de sa qualification de grave une fois qu’il a été découvert. Revêt alors une importance particulière à cet égard l’énoncé selon lequel « une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira » (par. 57). On reconnaît ainsi (parfois seulement tacitement, il est vrai) que ce qui doit en fait ressortir — c’est-à-dire être clair, manifeste ou flagrant — c’est l’importance du défaut lors de sa mise au jour et admettre que, dans certains cas, [TRADUCTION] « il ne sera tout simplement pas possible de comprendre l’argumentation relative au caractère manifestement déraisonnable et d’y répondre sans procéder à une analyse et à une évaluation approfondies du dossier du tribunal et de son raisonnement » (voir Mullan, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 72; voir également *Ivanhoe*, précité, par. 34).

Dans le récent arrêt *Ryan*, par. 52, notre Cour a apporté plus de clarté à l’arrêt *Southam*, malgré la persistance d’une part d’ambiguïté :

Dans *Southam*, précité, par. 57, la Cour explique que la différence entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable réside « dans le caractère flagrant ou évident du défaut ». Autrement dit, dès qu’un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. La décision manifestement déraisonnable a été décrite comme étant « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la raison » (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, p. 963-964, le juge Cory; *Centre communautaire juridique de l’Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84, par. 9-12, le juge Gonthier). Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir. [Je souligne.]

This passage moves the focus away from the obviousness of the defect in the sense of its transparency “on the face of the decision”, to the obviousness of its magnitude once it has been identified. At other points, however, the relative invasiveness of the review required to identify the defect is emphasized as the means of distinguishing between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*:

A decision may be unreasonable without being patently unreasonable when the defect in the decision is less obvious and might only be discovered after “significant searching or testing” (*Southam, supra*, at para. 57). Explaining the defect may require a detailed exposition to show that there are no lines of reasoning supporting the decision which could reasonably lead that tribunal to reach the decision it did.

(*Ryan, supra*, at para. 53)

Such ambiguity led commentators such as David Phillip Jones to continue to question in light of *Ryan* whether

whatever it is that makes the decision “patently unreasonable” [must] appear on the face of the record . . . Or can one go beyond the record to demonstrate — “identify” — why the decision is patently unreasonable? Is it the “immediacy and obviousness of the defect” which makes it patently unreasonable, or does patently unreasonable require outrageousness so that the decision is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand?

(D. P. Jones, “Notes on *Dr. Q* and *Ryan*: Two More Decisions by the Supreme Court of Canada on the Standard of Review in Administrative Law”, paper originally presented at the Canadian Institute for the Administration of Justice, Western Roundtable, Edmonton, April 25, 2003, at p. 10.)

As we have seen, the answers to such questions are far from self-evident, even at the level of theoretical abstraction. How much more difficult must they be for reviewing courts and counsel struggling to apply not only patent unreasonableness, but also reasonableness *simpliciter*? (See, in this regard, the comments of Mullan in “Recent Developments in Standard of Review”, *supra*, at p. 4.)

Cet extrait met l’accent non plus sur le caractère évident du défaut en ce qu’il ressort à première vue de la décision, mais sur celui de l’importance du défaut une fois qu’il est découvert. Un autre passage, cependant, insiste plutôt sur le caractère plus ou moins envahissant de l’examen qui s’impose pour découvrir le défaut comme critère de distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter* :

Une décision peut être déraisonnable sans être manifestement déraisonnable lorsque le défaut dans la décision est moins évident et qu’il ne peut être décelé qu’après « un examen ou [. . .] une analyse en profondeur » (*Southam*, précité, par. 57). L’explication du défaut peut exiger une explication détaillée pour démontrer qu’aucun des raisonnements avancés pour étayer la décision ne pouvait raisonnablement amener le tribunal à rendre la décision prononcée.

(*Ryan*, précité, p. 53)

Cette ambiguïté a incité des observateurs comme David Phillip Jones à se demander encore, à la lumière de *Ryan*, si

[TRADUCTION] ce qui rend la décision « manifestement déraisonnable » doit ressortir à première vue du dossier [. . .] Ou peut-on tenir compte d’autres facteurs que le dossier pour établir en quoi la décision est manifestement déraisonnable? Est-ce le caractère « flagrant ou évident du défaut » qui la rend manifestement déraisonnable ou cette norme exige-t-elle une extravagance viciant à tel point la décision qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier son maintien?

(D. P. Jones, « Notes on *Dr. Q* and *Ryan* : Two More Decisions by the Supreme Court of Canada on the Standard of Review in Administrative Law », exposé initialement présenté à l’Institut canadien d’administration de la justice, table ronde de l’Ouest, Edmonton, 25 avril 2003, p. 10.)

Comme nous l’avons vu, les réponses à ces questions sont loin d’aller de soi, même sur le plan théorique. Quand jugera-t-on excessif le mal que doivent se donner pour y répondre les cours de justice et les avocats s’efforçant d’appliquer non seulement la norme du manifestement déraisonnable, mais aussi celle du raisonnable *simpliciter*? (Voir à cet égard les observations de Mullan dans « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 4.)

120

Absent reform in this area or a further clarification of the standards, the “epistemological” confusion over the relationship between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* will continue. As a result, both the types of errors that the two variants of reasonableness are likely to catch — i.e., interpretations that fall outside the range of those that can be “reasonably”, “rationally” or “tenably” supported by the statutory language — and the way in which the two standards are applied will in practice, if not necessarily in theory, be much the same.

121

There is no easy way out of this conundrum. Whatever attempts are made to clarify the contours of, or the relationship between, the existing definitional strands of patent unreasonableness, this standard and reasonableness *simpliciter* will continue to be rooted in a shared rationale: statutory language is often ambiguous and “admits of more than one possible meaning”; provided that the expert administrative adjudicator’s interpretation “does not move outside the bounds of reasonably permissible visions of the appropriate interpretation, there is no justification for court intervention” (Mullan, “Recent Developments in Standard of Review”, *supra*, at p. 18). It will thus remain difficult to keep these standards conceptually distinct, and I query whether, in the end, the theoretical efforts necessary to do so are productive. Obviously any decision that fails the test of patent unreasonableness must also fall on a standard of reasonableness *simpliciter*, but it seems hard to imagine situations where the converse is not also true: if a decision is not supported by a tenable explanation (and is thus unreasonable) (Ryan, *supra*, at para. 55), how likely is it that it could be sustained on “any reasonable interpretation of the facts or of the law” (and thus not be patently unreasonable) (*National Corn Growers*, *supra*, at pp. 1369-70, *per* Gonthier J.)?

122

Thus, both patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* require that reviewing courts pay “respectful attention” to the reasons of adjudicators

À défaut d’une réforme en la matière ou d’une clarification des normes, la confusion « épistémologique » entourant la relation entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter* persistera. Ainsi, tant les types d’erreurs que les deux variantes de la norme de la décision raisonnable permettent de déceler — soit les interprétations qui ne peuvent être tenues pour « raisonnables », « rationnelles » ou « défendables » compte tenu des dispositions en cause — que la manière dont les deux normes sont appliquées seront en pratique, si ce n’est nécessairement en théorie, essentiellement les mêmes.

Il n’existe pas de solution facile à ce problème délicat. En dépit des mesures prises pour préciser le contenu des catégories actuelles de décisions manifestement déraisonnables ou la relation existant entre elles, cette norme et celle de la décision raisonnable *simpliciter* continueront d’avoir une raison d’être commune : il arrive souvent que le législateur s’exprime de manière équivoque et qu’une disposition [TRADUCTION] « se prête à plus d’une interprétation »; tant que l’interprétation du tribunal administratif spécialisé [TRADUCTION] « ne dépasse pas les limites d’une conception raisonnable de l’interprétation qui s’impose, rien ne justifie la cour d’intervenir » (Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 18). Il demeurera donc difficile d’assurer l’étanchéité conceptuelle de ces normes et je m’interroge sur l’utilité, au bout du compte, des efforts théoriques que cet exercice exige. De toute évidence, la décision qui ne satisfait pas à la norme du manifestement déraisonnable ne répond pas non plus à celle du raisonnable *simpliciter*, mais il paraît difficile de concevoir un cas où l’inverse n’est pas également vrai : lorsqu’une décision n’est pas fondée sur une explication défendable (et est de ce fait déraisonnable) (Ryan, précité, par. 55), quelle est la possibilité de sa confirmation « selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit » (sans qu’elle soit tenue pour manifestement déraisonnable) (*National Corn Growers*, précité, le juge Gonthier, p. 1369)?

Ainsi, la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter* exigent des cours de justice qu’elles accordent une « attention



in assessing the rationality of administrative decisions (see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 65, per L'Heureux-Dubé J., citing D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286, and Ryan, *supra*, at para. 49).

Attempting to differentiate between these two variants of curial deference by classifying one as "somewhat more probing" in its attentiveness than the other is unlikely to prove any more successful in practice than it has proven in the past. Basing the distinction on the relative ease with which a defect may be detected also raises a more theoretical quandary: the difficulty of articulating why a defect that is obvious on the face of a decision should present more of an imperative for court intervention than a latent defect. While a defect may be readily apparent because it is severe, a severe defect will not necessarily be readily apparent; by the same token, a flaw in a decision may be immediately evident, or obvious, but relatively inconsequential in nature.

On the other hand, the effect of clarifying that the language of "immediacy or obviousness" goes not to ease of detection, but rather to the ease with which, once detected (on either a superficial or a probing review), a defect may be identified as severe might well be to increase the regularity with which reviewing courts subject decisions to as intense a review on a standard of patent unreasonableness as on a standard of reasonableness *simpliciter*, thereby further eliding any difference between the two.

An additional effect of clarifying that the "immediacy or obviousness" of the defect refers not to its transparency on the face of the decision but rather to its magnitude upon detection is to suggest that it is feasible and appropriate for reviewing courts to attempt to qualify degrees of irrationality in assessing the decisions of administrative adjudicators: i.e., this decision is irrational enough to be unreasonable, but not so irrational as to be

respectueuse » aux motifs des tribunaux administratifs en se prononçant sur la rationalité de leurs décisions (voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 65, la juge L'Heureux-Dubé, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286, et Ryan, précité, par. 49).

Il est peu probable que, en pratique, les efforts visant à distinguer ces deux variantes de la déférence judiciaire en qualifiant l'examen que commande l'une d'elles d'« un peu plus poussé » se révèlent plus fructueux que par le passé. Fonder la distinction sur l'aisance relative avec laquelle peut être découvert le défaut crée par ailleurs un dilemme plus théorique : pourquoi un défaut ressortant à première vue de la décision justifierait-il davantage la cour d'intervenir qu'un défaut caché? Même si un défaut peut être aisément décelé en raison de sa gravité, un défaut grave ne sera pas nécessairement facile à découvrir; par ailleurs, une erreur peut être d'emblée évidente ou manifeste, mais sans avoir d'effet sérieux.

Par contre, préciser que le caractère « flagrant ou évident » ne tient pas à la facilité de la détection du défaut, mais bien à la facilité avec laquelle, une fois mis au jour (à l'issue d'un examen superficiel ou poussé), le défaut peut être qualifié de grave pourrait bien amener les cours de justice à soumettre plus fréquemment les décisions qu'elles contrôlent en fonction de la norme du manifestement déraisonnable à un examen aussi approfondi que celui effectué au regard de la norme du raisonnable *simpliciter*, gommant ainsi davantage la différence, s'il en est, entre les deux.

Préciser que le caractère « flagrant ou évident » du défaut ne renvoie pas au fait qu'il ressort à première vue de la décision, mais plutôt à son importance, une fois découvert, donne également à penser qu'il est possible et opportun qu'une cour de justice tente de recourir à une échelle de l'irrationalité lorsqu'elle évalue la décision d'un tribunal administratif. Par exemple, telle décision est suffisamment irrationnelle pour être déraisonnable, mais elle ne

123

124

125

overturned on a standard of patent unreasonableness. Such an outcome raises questions as to whether the legislative intent could ever be to let irrational decisions stand. In any event, such an approach would seem difficult to reconcile with the rule of law.

l'est pas assez pour être infirmée suivant la norme du manifestement déraisonnable. Un tel résultat conduit à se demander si le législateur a pu vouloir qu'une décision irrationnelle soit maintenue. Quoi qu'il en soit, une telle interprétation paraît difficile à concilier avec les exigences d'un régime juridique fondé sur la règle de droit.

126

I acknowledge that there are certain advantages to the framework to which this Court has adhered since its adoption in *Southam, supra*, of a third standard of review. The inclusion of an intermediate standard does appear to provide reviewing courts with an enhanced ability to tailor the degree of deference to the particular situation. In my view, however, the lesson to be drawn from our experience since then is that those advantages appear to be outweighed by the current framework's drawbacks, which include the conceptual and practical difficulties that flow from the overlap between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and the difficulty caused at times by the interplay between patent unreasonableness and correctness.

Je reconnais que le cadre établi par notre Cour depuis l'adoption, dans *Southam*, précité, d'une troisième norme de contrôle, comporte certains avantages, du moins en théorie. L'existence d'une norme intermédiaire paraît permettre aux cours de justice de mieux adapter le degré de déférence à la situation considérée. Toutefois, j'estime qu'une leçon doit être tirée de notre expérience : les inconvénients du cadre actuel, y compris les difficultés conceptuelles et pratiques découlant du chevauchement entre la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter*, de même que la difficulté résultant de l'interaction paradoxale entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte, paraissent l'emporter sur ces avantages.

127

In particular, the inability to sustain a viable analytical distinction between the two variants of reasonableness has impeded their application in practice in a way that fulfils the theoretical promise of a more precise reflection of the legislature's intent. In the end, attempting to distinguish between the unreasonable and the patently unreasonable may be as unproductive as attempting to differentiate between the "illegible" and the "patently illegible". While it may be possible to posit, in the abstract, some kind of conceptual distinction, the functional reality is that once a text is illegible — whether its illegibility is evident on a cursory glance or only after a close examination — the result is the same. There is little to be gained from debating as to whether the text is illegible *simpliciter* or patently illegible; in either case it cannot be read.

Plus particulièrement, l'impossibilité de maintenir une distinction analytique viable entre les deux variantes de la norme de la décision raisonnable a fait obstacle, en pratique, à une application présumément plus fidèle à l'intention du législateur. En fin de compte, tenter d'établir une distinction entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable peut être aussi stérile que d'essayer de distinguer ce qui est « illisible » de ce qui est « manifestement illisible ». Même s'il est possible d'établir, dans l'abstrait, une distinction conceptuelle, la réalité fonctionnelle veut que, une fois le texte jugé illisible — que cette illisibilité ressorte d'un examen sommaire ou uniquement d'une analyse en profondeur —, le résultat demeure le même. Il serait vain de chercher à savoir si le texte est illisible *simpliciter* ou manifestement illisible; dans l'un et l'autre des cas, il ne peut être lu.

128

It is also necessary to keep in mind the theoretical foundations for judicial review and its ultimate purpose. The purpose of judicial review is to uphold the normative legal order by ensuring that the

Il ne faut pas non plus perdre de vue les fondements théoriques et l'objectif ultime du contrôle judiciaire. Le contrôle judiciaire vise à maintenir l'ordre juridique normatif en s'assurant que les

decisions of administrative decision makers are both procedurally sound and substantively defensible. As McLachlin C.J. explained in *Dr. Q*, *supra*, at para. 21, the two touchstones of judicial review are legislative intent and the rule of law:

[In *Pushpanathan*,] Bastarache J. affirmed that “[t]he central inquiry in determining the standard of review exercisable by a court of law is the legislative intent of the statute creating the tribunal whose decision is being reviewed” (para. 26). However, this approach also gives due regard to “the consequences that flow from a grant of powers” (*Bibeault*, *supra*, at p. 1089) and, while safeguarding “[t]he role of the superior courts in maintaining the rule of law” (p. 1090), reinforces that this reviewing power should not be employed unnecessarily. In this way, the pragmatic and functional approach inquires into legislative intent, but does so against the backdrop of the courts’ constitutional duty to protect the rule of law.

In short, the role of a court in determining the standard of review is to be faithful to the intent of the legislature that empowered the administrative adjudicator to make the decision, as well as to the animating principle that, in a society governed by the rule of law, power is not to be exercised arbitrarily or capriciously.

As this Court has observed, the rule of law is a “highly textured expression, importing many things which are beyond the need of these reasons to explore but conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority” (*Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 805-6). As the Court elaborated in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 71:

In the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at pp. 747-52, this Court outlined the elements of the rule of law. We emphasized, first, that the rule of law provides that the law is supreme over the acts of both government and private persons. There is, in short, one law for all. Second, we explained, at p. 749, that “the rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order”. . . . A third aspect of the rule of law is . . . that “the exercise of all public

décisions des tribunaux administratifs soient rendues conformément à la procédure établie et soient défendables quant au fond. Comme l’a expliqué le juge en chef McLachlin dans *Dr Q*, précité, par. 21, les deux fondements du contrôle judiciaire sont l’intention du législateur et la primauté du droit :

[Dans *Pushpanathan*,] [l]e juge Bastarache affirme que « [l]a détermination de la norme de contrôle que la cour de justice doit appliquer est centrée sur l’intention du législateur qui a créé le tribunal dont la décision est en cause » (par. 26). Cependant, cette méthode tient aussi dûment compte des « conséquences qui découlent d’un octroi de pouvoir » (*Bibeault*, p. 1089) et, tout en sauvegardant « [l]e rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité » (p. 1090), renforce le principe selon lequel il ne faut pas recourir sans nécessité à ce pouvoir de surveillance. La méthode pragmatique et fonctionnelle implique ainsi l’examen de l’intention du législateur, mais sur l’arrière-plan de l’obligation constitutionnelle des tribunaux de protéger la légalité.

En somme, la cour appelée à déterminer la norme de contrôle applicable doit rester fidèle à la volonté du législateur d’investir le tribunal administratif du pouvoir de rendre la décision. Elle doit en outre respecter le principe fondamental selon lequel, dans une société où prime le droit, le pouvoir ne doit pas être exercé de manière arbitraire.

Comme notre Cour l’a signalé, « la règle de droit » est une « expression haute en couleur qui, sans qu’il soit nécessaire d’en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l’ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l’exécutif devant l’autorité légale » (*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 805-806). Notre Cour a développé sa pensée sur le sujet dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 71 :

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, aux pp. 747 à 752, notre Cour a défini les éléments de la primauté du droit. Nous avons souligné en premier lieu la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers. En bref, il y a une seule loi pour tous. Deuxièmement, nous expliquons, à la p. 749, que « la primauté du droit exige la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l’ordre normatif ». [ . . . ] Un troisième aspect de la primauté du droit

power must find its ultimate source in a legal rule". Put another way, the relationship between the state and the individual must be regulated by law. Taken together, these three considerations make up a principle of profound constitutional and political significance.

"At its most basic level", as the Court affirmed, at para. 70, "the rule of law vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs. It provides a shield for individuals from arbitrary state action."

130

Because arbitrary state action is not permissible, the exercise of power must be justifiable. As the Chief Justice has noted,

. . . societies governed by the Rule of Law are marked by a certain *ethos of justification*. In a democratic society, this may well be the general characteristic of the Rule of Law within which the more specific ideals . . . are subsumed. Where a society is marked by a culture of justification, an exercise of public power is only appropriate where it can be justified to citizens in terms of *rationality and fairness*.

(See the Honourable Madam Justice B. McLachlin, "The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law" (1998-1999), 12 *C.J.A.L.P.* 171, at p. 174 (emphasis in original); see also MacLauchlan, *supra*, at pp. 289-91.)

Judicial review on substantive grounds ensures that the decisions of administrative adjudicators are capable of rational justification; review on procedural grounds (i.e., does the decision meet the requirements of procedural fairness?) ensures that they are fair.

131

In recent years, this Court has recognized that both courts and administrative adjudicators have an important role to play in upholding and applying the rule of law. As Wilson J. outlined in *National Corn Growers*, *supra*, courts have come to accept that "statutory provisions often do not yield a single, uniquely correct interpretation" and that an expert administrative adjudicator may be "better equipped than a reviewing court to resolve the ambiguities and fill the voids in the statutory language" in a

[. . .] tient à ce que l'« exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit ». En d'autres termes, les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit. Pris ensemble, ces trois volets forment un principe d'une profonde importance constitutionnelle et politique.

« À son niveau le plus élémentaire », notre Cour a-t-elle ajouté, au par. 70, « le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État. »

Parce que l'État ne peut agir arbitrairement, l'exercice du pouvoir doit être justifiable. Comme la Juge en chef l'a fait observer :

[TRADUCTION] . . . les sociétés où prime le droit se caractérisent par une certaine *obligation de justification*. Dans une société démocratique, ce pourrait bien être la caractéristique générale de la primauté du droit dans laquelle sont subsumés les idéaux plus spécifiques. Dans une société caractérisée par une culture de la justification, l'exercice d'un pouvoir public n'est opportun que s'il peut être justifié aux yeux des citoyens sur les plans de la *rationalité et de l'équité*.

(Voir madame la juge B. McLachlin, « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998-1999), 12 *C.J.A.L.P.* 171, p. 174 (en italique dans l'original); voir également MacLauchlan, *loc. cit.*, p. 289-291.)

Le contrôle judiciaire axé sur le fond vise à déterminer si la décision du tribunal administratif peut se justifier rationnellement, et celui axé sur la procédure (la décision satisfait-elle aux exigences de l'équité procédurale?), si elle est équitable.

Au cours des dernières années, notre Cour a reconnu que tant les cours de justice que les tribunaux administratifs ont un rôle important à jouer dans le maintien et l'application de la primauté du droit. Comme l'a souligné la juge Wilson dans *National Corn Growers*, précité, les cours de justice ont conclu que « souvent, les dispositions législatives ne se prêtent pas à une seule interprétation qui soit particulièrement juste » et qu'un tribunal administratif peut être « mieux en mesure que la cour

way that makes sense in the specialized context in which that adjudicator operates (p. 1336, citing J. M. Evans et al., *Administrative Law* (3rd ed. 1989), at p. 414). The interpretation and application of the law is thus no longer seen as exclusively the province of the courts. Administrative adjudicators play a vital and increasing role. As McLachlin J. helpfully put it in a recent speech on the roles of courts and administrative tribunals in maintaining the rule of law: “A culture of justification shifts the analysis from the institutions themselves to, more subtly, what those institutions are capable of doing for the rational advancement of civil society. The Rule of Law, in short, can speak in several voices so long as the resulting chorus echoes its underlying values of fairness and rationality” (McLachlin, *supra*, at p. 175).

In affirming the place for administrative adjudicators in the interpretation and application of the law, however, there is an important distinction that must be maintained: to say that the administrative state is a legitimate player in resolving legal disputes is properly to say that administrative adjudicators are capable (and perhaps more capable) of choosing among reasonable decisions. It is not to say that unreasonable decision making is a legitimate presence in the legal system. Is this not the effect of a standard of patent unreasonableness informed by an intermediate standard of reasonableness *simpliciter*?

On the assumption that we can distinguish effectively between an unreasonable and a patently unreasonable decision, there are situations where an unreasonable (i.e., irrational) decision must be allowed to stand. This would be the case where the standard of review is patent unreasonableness and the decision under review is unreasonable, but not patently so. As I have noted, I doubt that such an outcome could be reconciled with the intent of the legislature which, in theory, the pragmatic and functional analysis aims to reflect as faithfully as possible. As a matter of statutory interpretation, courts

chargée du contrôle de dissiper les ambiguïtés dans le texte d’une loi et d’en combler les lacunes » d’une manière judicieuse dans son domaine spécialisé (p. 1336, citant J. M. Evans et autres, *Administrative Law* (3<sup>e</sup> éd. 1989), p. 414). L’interprétation et l’application du droit ne ressortissent donc plus uniquement aux cours de justice. Les tribunaux administratifs jouent un rôle vital, un rôle de plus en plus important. Comme la juge McLachlin l’a dit fort à-propos dans une récente allocution sur le rôle des cours de justice et des tribunaux administratifs dans le maintien de la primauté du droit : [TRADUCTION] « Une culture de la justification fait en sorte que l’analyse ne porte plus sur les institutions elles-mêmes, mais, plus subtilement, sur ce qu’elles sont en mesure de faire pour le progrès rationnel de la société civile. Bref, la primauté du droit peut s’exprimer par plusieurs voix, à condition que l’harmonie qui en résulte se fasse l’écho des valeurs d’équité et de rationalité qui la sous-tendent » (McLachlin, *loc. cit.*, p. 175).

En confirmant le rôle des tribunaux administratifs dans l’interprétation et l’application du droit, il convient cependant de rappeler une distinction importante : dire que l’Administration a un rôle légitime à jouer dans le règlement des litiges équivaut à affirmer que les tribunaux administratifs sont aptes (et peut-être plus aptes) à choisir entre plusieurs décisions raisonnables. Ce n’est pas conclure que le prononcé de décisions déraisonnables a place dans le système de justice. N’est-ce pas là l’effet de l’application d’une norme de la décision manifestement déraisonnable eu égard à une norme intermédiaire de la décision raisonnable *simpliciter*?

À supposer que l’on puisse effectivement distinguer entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable, il arrivera qu’une décision déraisonnable (c’est-à-dire irrationnelle) doive être maintenue. Ceci se produira si la norme de contrôle est celle du manifestement déraisonnable lorsque la décision contestée est déraisonnable, sans l’être manifestement. Je le répète, je doute qu’un tel résultat puisse être concilié avec l’intention du législateur, l’analyse pragmatique et fonctionnelle devant, en théorie, refléter le plus fidèlement possible cette volonté législative. En matière

132

133

should always be very hesitant to impute to the legislature any intent to let irrational administrative acts stand, absent the most unequivocal statement of such an intent (see *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 367-68). As a matter of theory, the constitutional principle of the primacy of the rule of law, which is an ever-present background principle of interpretation in this context, reinforces the point: if a court concludes that the legislature intended that there be no recourse from an irrational decision, it seems highly likely that the court has misconstrued the intent of the legislature.

134

Administrative law has developed considerably over the last 25 years since *CUPE*. This evolution, which reflects a strong sense of deference to administrative decision makers and an acknowledgment of the importance of their role, has given rise to some problems or concerns. It remains to be seen, in an appropriate case, what should be the solution to these difficulties. Should courts move to a two standard system of judicial review, correctness and a revised unified standard of reasonableness? Should we attempt to more clearly define the nature and scope of each standard or rethink their relationship and application? This is perhaps some of the work which lies ahead for courts, building on the developments of recent years as well as on the legal tradition which created the framework of the present law of judicial review.

### III. Disposition

135

Subject to my comments in these reasons, I concur with Arbour J.'s disposition of the appeal.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Caley & Wray, Toronto.*

*Solicitors for the respondent the City of Toronto: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.*

d'interprétation législative, une cour de justice doit toujours être très réticente à imputer au législateur l'intention de laisser l'Administration accomplir un acte irrationnel, à moins que cette intention ne soit formulée sans aucune équivoque (voir *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 367-368). Sur le plan théorique, le principe constitutionnel de la primauté du droit, un principe fondamental d'interprétation toujours applicable dans ce contexte, le confirme : lorsqu'une cour de justice conclut que le législateur a voulu qu'il n'existe aucun recours contre une décision irrationalle, il paraît très probable qu'elle a mal interprété l'intention du législateur.

Le droit administratif a connu un développement considérable au cours des 25 dernières années, soit depuis l'arrêt *SCFP*. Cette évolution, qui témoigne d'une grande déférence envers les décideurs administratifs et reflète l'importance de leur rôle, a soulevé certaines difficultés ou préoccupations. Il restera à examiner, dans une affaire qui s'y prête, la solution qu'il conviendrait d'apporter à ces difficultés. Les tribunaux devraient-ils passer à un système de contrôle judiciaire comportant deux normes, celle de la décision correcte et une norme révisée et unifiée de raisonabilité? Devrions-nous tenter de définir plus clairement la nature et la portée de chaque norme ou repenser leur relation et leur application? Voilà peut-être une partie de la tâche qui attend les cours de justice : construire à partir de l'évolution récente tout en s'appuyant sur la tradition juridique qui a façonné le cadre des règles actuelles de droit en matière de contrôle judiciaire.

### III. Dispositif

Sous réserve des observations formulées dans les présents motifs, je souscris au dispositif que la juge Arbour propose dans le présent pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appellant : Caley & Wray, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée la Ville de Toronto : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

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

**Ontario Public Service Employees  
Union Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Ontario  
as represented by the Ministry of Community  
and Social Services, Her Majesty The Queen  
in Right of Ontario as represented by the  
Ministry of Correctional Services and  
Ontario Crown Employees Grievance  
Settlement Board Respondents**

INDEXED AS: ONTARIO v. O.P.S.E.U.

Neutral citation: 2003 SCC 64.

File No.: 28849.

2003: February 13; 2003: November 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Labour law — Arbitration — Dismissal without just cause — Evidence — Government employees dismissed after being convicted of sexual assault — Convictions upheld on appeal — Grievance settlement board ruling that convictions not conclusive evidence of guilt — Whether union entitled to re-litigate issue decided against employees in criminal proceedings — Whether issue estoppel applicable — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1.*

W and S were each convicted of sexually assaulting people under their care. Their appeals failed, and as a result, they were terminated from their respective employment positions on the basis of their convictions. The appellant union grieved their dismissal on their behalf to the Ontario Crown Employees Grievance Settlement Board. The Board ruled that the criminal convictions were admissible as *prima facie*, but not conclusive, evidence and that rebuttal evidence could be tendered. No evidence suggesting fraud in the original

**Syndicat des employés et employées de la  
fonction publique de l'Ontario Appellant**

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario  
représentée par le ministère des Services  
sociaux et communautaires, Sa Majesté  
la Reine du chef de l'Ontario représentée  
par le ministère des Services correctionnels  
et la Commission de règlement des griefs  
des employés de la Couronne de  
l'Ontario Intimées**

RÉPERTORIÉ : ONTARIO c. S.E.E.F.P.O.

Référence neutre : 2003 CSC 64.

N° du greffe : 28849.

2003 : 13 février; 2003 : 6 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

*Droit du travail — Arbitrage — Congédiement sans motif valable — Preuve — Employés de l'État congédiés après avoir été déclarés coupables d'agression sexuelle — Déclarations de culpabilité confirmées en appel — Commission de règlement des griefs ayant statué que les condamnations ne constituaient pas une preuve concluante de culpabilité — Le syndicat est-il habilité à remettre en cause une question tranchée à l'encontre des employés dans une instance criminelle? — La préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique-t-elle? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1.*

W et S ont chacun été déclarés coupables d'agression sexuelle contre des personnes confiées à leurs soins. Leurs appels ayant échoué, ils ont été congédiés de leur emploi respectif en raison de leur condamnation. Le syndicat appelant a, en leur nom, soumis leur congédiement à l'arbitrage devant la Commission de règlement des griefs des employés de la Couronne de l'Ontario. La Commission a décidé que les condamnations criminelles étaient recevables à titre de preuve *prima facie*, mais qu'elles ne constituaient pas une preuve concluante

trial, nor any fresh evidence, was tendered in either of the cases. The Board held that the presumption raised by W's criminal convictions had been rebutted and that he had been wrongfully dismissed. The Board held that S's convictions were inconclusive *prima facie* evidence. The Divisional Court quashed the Board's rulings. The Court of Appeal upheld that decision.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: For the reasons given in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, the doctrine of abuse of process bars the relitigation of the grievors' guilt for the offences for which they were convicted.

The common law doctrine of issue estoppel is not applicable in this case because the requirement of mutuality has not been fulfilled. The original criminal trial involved the individual grievors W and S and the Crown acting as prosecutor. The parties to the arbitrations in this case were the appellant union and the Crown acting as employer. Despite their legal personality, and their designation for the purpose of judicial proceedings, the ministries in question here as employers share no relevant relationship to the Crown as prosecutor.

Section 22.1 of the Ontario *Evidence Act* does not allow rebuttal evidence to be led in any and all circumstances. A recent amendment to the *Crown Employees Collective Bargaining Act, 1993* renders a prior criminal conviction of a Crown employee conclusive evidence that the employee committed the crime, even when no common law doctrine could successfully be invoked to bar relitigation of that issue. This amendment goes much farther than s. 22.1 of the *Evidence Act* and has no effect on its proper interpretation.

*Per* LeBel and Deschamps JJ.: Subject to the comments made in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, there was agreement with the majority's disposition of the appeal.

et qu'il était possible de présenter une contre-preuve. Dans aucun des cas il n'y a eu présentation d'une preuve indiquant que le procès initial était entaché de fraude, ou d'un nouvel élément de preuve. La Commission a conclu que la présomption née des déclarations de culpabilité prononcées contre W avait été repoussée et qu'il avait été congédié sans motif valable. Dans le cas de S, la Commission a statué que les déclarations de culpabilité ne constituaient pas une preuve *prima facie* concluante. La Cour divisionnaire a annulé les décisions de la Commission. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Pour les motifs exposés dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, la doctrine de l'abus de procédure interdit la remise en cause de la culpabilité des auteurs des griefs à l'égard des infractions dont ils ont été déclarés coupables.

La doctrine de common law de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) n'est pas applicable en l'espèce parce que l'exigence de la réciprocité n'a pas été remplie. Le procès criminel initial opposait les employés W et S et la Couronne à titre de poursuivante. Les parties à l'arbitrage en l'espèce étaient le syndicat appelant et la Couronne à titre d'employeur. Malgré leur personnalité juridique et la désignation sous laquelle ils figurent aux poursuites judiciaires, les ministères en cause comme employeurs en l'espèce n'ont pas de relation significative avec la Couronne en tant que poursuivante.

L'article 22.1 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario ne permet pas la présentation d'une contre-preuve en toutes circonstances. Une modification récemment apportée à la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne*, donne à la déclaration de culpabilité prononcée contre un employé de la Couronne valeur de preuve concluante que l'employé a commis le crime, même dans les cas où l'on ne pourrait invoquer aucune doctrine de common law pour interdire la remise en cause. Cette modification va beaucoup plus loin que l'art. 22.1 de la *Loi sur la preuve* et n'influe pas sur l'interprétation qu'il convient de lui donner.

*Les* juges LeBel et Deschamps : Sous réserve des observations formulées dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, il y a accord avec la façon dont les juges majoritaires statuent sur le pourvoi.



**Cases Cited**

By Arbour J.

**Applied:** *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; **referred to:** *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44.

By LeBel J.

**Referred to:** *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63.

**Statutes and Regulations Cited**

*Crown Employees Collective Bargaining Act, 1993*, S.O. 1993, c. 38, s. 48.1(1) [ad. 2001, c. 7, s. 18].  
*Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 [ad. 1995, c. 6, s. 6(3)].  
*Public Service Statute Law Amendment Act, 2001*, S.O. 2001, c. 7, s. 18.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [2001] O.J. No. 3238 (QL) (*sub nom. Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. Ontario (Crown Employees Grievance Settlement Board)*); affirming a judgment of the Divisional Court (2000), 187 D.L.R. (4th) 323, 134 O.A.C. 48, 23 Admin. L.R. (3d) 72, 2000 CLLC ¶220-038, [2000] O.J. No. 1570 (QL) (*sub nom. Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*). Appeal dismissed.

*Craig Flood*, for the appellant.

*Mary Gersht, Sean Kearney and Meredith Brown*, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Ontario.

No one appeared for the respondent the Ontario Crown Employees Grievance Settlement Board.

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

ARBOUR J. —

**I. Introduction**

This appeal was heard at the same time as the appeal in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*,

**Jurisprudence**

Citée par la juge Arbour

**Arrêt appliqué :** *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; **arrêt mentionné :** *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44.

Citée par le juge LeBel

**Arrêt mentionné :** *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63.

**Lois et règlements cités**

*Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne*, L.O. 1993, ch. 38, art. 48.1(1) [aj. 2001, ch. 7, art. 18].  
*Loi de 2001 modifiant des lois en ce qui a trait à la fonction publique*, L.O. 2001, ch. 7, art. 18.  
*Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 [aj. 1995, ch. 6, art. 6(3)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [2001] O.J. No. 3238 (QL) (*sub nom. Ontario (Ministry of Community and Social Services) c. Ontario (Crown Employees Grievance Settlement Board)*), qui a confirmé un jugement de la Cour divisionnaire (2000), 187 D.L.R. (4th) 323, 134 O.A.C. 48, 23 Admin. L.R. (3d) 72, 2000 CLLC ¶220-038, [2000] O.J. No. 1570 (QL) (*sub nom. Toronto (City) c. C.U.P.E., Local 79*). Pourvoi rejeté.

*Craig Flood*, pour l'appelant.

*Mary Gersht, Sean Kearney et Meredith Brown*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

Personne n'a comparu pour l'intimée la Commission de règlement des griefs des employés de la Couronne de l'Ontario.

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

LA JUGE ARBOUR —

**I. Introduction**

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*,

[2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63. Essentially, for the reasons provided in *C.U.P.E.*, I would dismiss the appeal. There are, however, issues particular to this appeal that were not raised in *C.U.P.E.* I will consider these issues briefly after outlining the salient facts.

## II. Facts

2

This appeal consolidates the individual arbitrations of Jack R. White and Mohan Samaroo. White and Samaroo were each convicted of sexually assaulting people who were under their care. Their appeals failed, and as a result, they were terminated from their respective employment positions on the basis of their convictions. Their union, the Ontario Public Service Employees Union (“OPSEU”), grieved their dismissal on their behalf to the Ontario Crown Employees Grievance Settlement Board. The Board ruled that the criminal convictions were admissible as *prima facie*, but not conclusive, evidence and that rebuttal evidence could be tendered. No evidence suggesting fraud in the original trial, nor any fresh evidence unavailable at trial, was tendered in either of the cases. In *White*, upon hearing all the evidence, the Board held that the presumption raised by the criminal convictions had been rebutted, and that the employee had been wrongfully dismissed. In *Samaroo*, the employer appealed after the Board held the convictions to be inconclusive *prima facie* evidence.

### A. *Jack R. White*

3

Mr. White was a residential counsellor employed by the (then) Ontario Ministry of Community and Social Services at the Ministry’s Huronia Regional Centre which provides residence and care for adults with developmental disabilities. White had responsibility over the direct care and supervision of residents of the Centre, which included bathing,

*section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63. Essentiellement pour les motifs exposés dans *S.C.F.P.*, je suis d’avis de rejeter le présent pourvoi. Comme il soulève cependant des questions particulières qui n’ont pas été abordées dans *S.C.F.P.*, je les examinerai brièvement après avoir résumé les faits principaux.

## II. Les faits

Le présent pourvoi réunit deux décisions arbitrales distinctes visant respectivement Jack R. White et Mohan Samaroo. White et Samaroo ont tous deux été déclarés coupables d’agression sexuelle contre des personnes confiées à leurs soins. Après avoir été déboutés de leur appel, ils ont chacun été congédiés à cause de la déclaration de culpabilité. Leur syndicat, le Syndicat des employés et employées de la fonction publique de l’Ontario (« SEEFPO »), a déposé un grief en leur nom devant la Commission de règlement des griefs des employés de la Couronne de l’Ontario. La Commission a déterminé que les déclarations de culpabilité étaient recevables à titre de preuve *prima facie* mais qu’elles ne constituaient pas une preuve concluante et qu’il était possible de présenter une contre-preuve. Dans aucun des cas il n’y a eu présentation d’une preuve indiquant que les procès criminels étaient entachés de fraude, ou d’un nouvel élément de preuve non disponible aux procès. Dans l’affaire *White*, la Commission a conclu, après avoir entendu la preuve, que la présomption née de la déclaration de culpabilité avait été repoussée et que l’employé avait été congédié sans motif valable. Dans l’affaire *Samaroo*, l’employeur a interjeté appel de la décision de la Commission statuant que les déclarations de culpabilité ne constituaient pas une preuve *prima facie* concluante.

### A. *Jack R. White*

Monsieur White travaillait comme conseiller en établissement au Centre régional Huronia, un établissement d’hébergement et de soins pour adultes ayant une déficience développementale qui relevait de ce qui était alors le ministère des Services sociaux et communautaires de l’Ontario. White était chargé de superviser des résidents du Centre et

dressing, clothing and feeding them. White was accused by another counsellor of sexually assaulting a female resident, a severely disabled woman who could not speak. At his criminal trial before a judge and jury, White pleaded not guilty. He did not testify nor did he call any evidence. He was found guilty and his appeal failed.

Shortly after his conviction, White's employment was terminated. His union grieved his dismissal to the Ontario Crown Employees Grievance Settlement Board. The Board, following the instructions of the Divisional Court, admitted White's conviction as *prima facie* evidence. At the arbitration, White testified and maintained his innocence. The Board reinstated him to his job, awarded him lost wages, and ordered all reference to the sexual assault removed from his file.

#### B. *Mohan Samaroo*

Mr. Samaroo was employed by the Ministry of Correctional Services as a correctional officer at a jail in Whitby, Ontario. Several female inmates complained that Samaroo had sexually assaulted them. An internal investigation was launched that indicated that Samaroo had, in fact, sexually assaulted five inmates. The Ministry of Correctional Services terminated Samaroo's employment and his union immediately filed a grievance on his behalf. Shortly afterwards, the matter proceeded to a criminal trial and Samaroo was found guilty of two counts of sexual assault and one count of assault. His appeal was dismissed.

The Crown Employees Grievance Settlement Board held that the convictions were admissible as *prima facie*, but not conclusive, evidence of his guilt and adjourned the hearing with respect to the rebuttal evidence and the merits of the grievance, on consent, pending an appeal to the Divisional Court.

de leur prodiguer des soins, notamment de les baigner, de les habiller et de les faire manger. Il a été accusé par un autre conseiller d'avoir commis une agression sexuelle sur une résidente, une femme lourdement handicapée qui ne pouvait pas parler. Le procès criminel s'est déroulé devant juge et jury, et White a plaidé non coupable. Il n'a pas témoigné et n'a pas présenté de preuve. Il a été déclaré coupable, puis débouté de son appel.

White a été congédié peu de temps après le verdict de culpabilité. Son syndicat a déposé un grief devant la Commission de règlement des griefs des employés de la Couronne de l'Ontario. Celle-ci, suivant les directives de la Cour divisionnaire, a reçu la déclaration de culpabilité à titre de preuve *prima facie*. Au cours de l'arbitrage, White a témoigné, et il a proclamé son innocence. La Commission l'a rétabli dans son emploi, lui a accordé le salaire qu'il avait perdu et a ordonné que toute mention de l'agression sexuelle soit retirée de son dossier.

#### B. *Mohan Samaroo*

Monsieur Samaroo était agent correctionnel pour le ministère des Services correctionnels et il travaillait dans une prison à Whitby en Ontario. Plusieurs détenues se sont plaintes d'avoir été agressées sexuellement par lui. Une enquête interne a révélé que Samaroo avait effectivement commis des agressions sexuelles sur la personne de cinq détenues. Le ministère des Services correctionnels a congédié Samaroo, mais son syndicat a immédiatement déposé un grief. Peu après, un procès criminel s'est tenu, et Samaroo a été déclaré coupable de deux chefs d'accusation d'agression sexuelle et d'un chef d'accusation de voies de fait. Son appel a été rejeté.

La Commission de règlement des griefs des employés de la Couronne a jugé que les déclarations de culpabilité étaient recevables à titre de preuve *prima facie* mais qu'elles ne constituaient pas une preuve concluante de la culpabilité de l'employé. Sur consentement, elle a ajourné l'audience sur la contre-preuve et le fond du grief, en attendant qu'il soit statué sur l'appel interjeté devant la Cour divisionnaire.

4

5

6

### C. *Procedural History*

7 At Divisional Court, the applications for judicial review were granted and the decisions of the arbitrators were quashed: (2000), 187 D.L.R. (4th) 323. The Divisional Court heard this case and *C.U.P.E.* at the same time. (For a description of the Divisional Court reasons, see para. 6 of *C.U.P.E.*, being released concurrently by this Court.) The Court of Appeal for Ontario dismissed the appeals brought by the appellant OPSEU in an endorsement ([2001] O.J. No. 3238 (QL)) for the reasons provided in *Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 79* (2001), 55 O.R. (3d) 541. (For a more detailed judicial history of the Court of Appeal's reasons, see paras. 7-10 of *C.U.P.E.*)

### III. Issues

8 The facts and issues in this combined appeal are substantially similar to the facts and issues in *C.U.P.E.* For the reasons given in that case, I am of the view that the doctrine of abuse of process bars the relitigation of the grievors' guilt for the offences for which they were convicted. However, I would like to address two issues particular to this appeal: (1) whether issue estoppel is applicable in this case, and (2) the meaning of s. 22.1 of Ontario's *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, in light of s. 48.1(1) of the *Crown Employees Collective Bargaining Act, 1993*, S.O. 1993, c. 38 (as amended by the *Public Service Statute Law Amendment Act, 2001*, S.O. 2001, c. 7, s. 18).

### IV. Analysis

#### A. *Issue Estoppel*

9 I have come to the conclusion that, as in *C.U.P.E.*, the common law doctrine of issue estoppel is not applicable in this case. The first two requirements of that doctrine, that the issue be the same as the

### C. *Historique des procédures judiciaires*

À la Cour divisionnaire, les demandes de contrôle judiciaire ont été accueillies et les décisions des arbitres ont été annulées : (2000), 187 D.L.R. (4th) 323. La Cour divisionnaire a entendu la présente affaire en même temps que l'affaire *S.C.F.P.* (Pour un exposé des motifs de la Cour divisionnaire, voir le par. 6 de l'arrêt *S.C.F.P.*, jugement rendu simultanément par notre Cour.) La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté les appels interjetés par l'appelant SEEFPO ([2001] O.J. No. 3238 (QL)) pour les motifs donnés dans *Toronto (City) c. Canadian Union of Public Employees, Local 79* (2001), 55 O.R. (3d) 541. (Pour un historique plus détaillé des motifs de la Cour d'appel, voir les par. 7 à 10 de l'arrêt *S.C.F.P.*)

### III. Les questions en litige

Les faits et questions en litige dans le présent pourvoi conjoint sont analogues en substance à ceux de *S.C.F.P.* Pour les motifs que j'ai exposés dans cette affaire, je suis d'avis que la doctrine de l'abus de procédure interdit la remise en cause de la culpabilité de White et Samaroo à l'égard des infractions dont ils ont été déclarés coupables. J'aimerais toutefois examiner deux questions particulières posées par le présent pourvoi : (1) celle de l'applicabilité en l'espèce de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) et, (2) celle de l'interprétation de l'art. 22.1 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. E.23, compte tenu du par. 48.1(1) de la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne*, L.O. 1993, ch. 38 (modifié par la *Loi de 2001 modifiant des lois en ce qui a trait à la fonction publique*, L.O. 2001, ch. 7, art. 18).

### IV. Analyse

#### A. *Préclusion découlant d'une question déjà tranchée*

Je suis parvenue à la conclusion que, tout comme dans *S.C.F.P.*, la doctrine de common law de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'est pas applicable ici. Les deux

one decided in the prior decision and that the prior judicial decision be final (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44, at para. 25 (*per* Binnie J.)), have been met here as in *C.U.P.E.*, but the final requirement of mutuality has not been fulfilled. The mutuality criterion requires that the parties be the same for both proceedings, or that they at least be the privies to the original parties.

As in *C.U.P.E.*, the original criminal trials involved the individual grievors personally (White and Samaroo respectively) and Her Majesty the Queen. The parties to the arbitrations in this case were OPSEU and Her Majesty the Queen in Right of Ontario as represented by the Ministry of Community and Social Services in one case, and by Her Majesty the Queen in Right of Ontario as represented by the Ministry of Correctional Services in the other.

In *Danyluk, supra*, at para. 60, Binnie J. stated that the concept of privity is somewhat elastic and that determinations as to the degree of interest that will create privity must be made on a case-by-case basis. Applying this approach to the privity requirements, it could be argued that there is sufficient mutuality to permit the application of the doctrine of issue estoppel in this case. I am not persuaded, however, that even under a somewhat relaxed approach to privity these parties can be said to be the same or the privies to the original parties. Even if privity could be found between the grievors and their union, in my view, the Crown, acting as prosecutor in the criminal case, is not privy to the Crown acting as employer. The employer ministries played no role in the criminal proceedings nor could they have participated as parties to these proceedings. The Attorney General, under whose authority criminal prosecutions are conducted, does not represent the interest of any particular party, but represents the public interest. Despite their legal personality, and their designation for the purpose of judicial proceedings, the ministries in question here as employers share

premières exigences de cette doctrine, savoir qu'il s'agisse de la même question que celle qui a fait l'objet de la décision antérieure et que la décision antérieure ait été finale (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44, par. 25 (le juge Binnie)), ont été remplies en l'espèce comme dans *S.C.F.P.*, mais non la dernière exigence, celle de la réciprocité. Suivant ce critère, les parties doivent être les mêmes dans les deux instances ou, à tout le moins, des ayants droit des parties.

Comme dans *S.C.F.P.*, les procès criminels initiaux opposaient chaque employé personnellement (White et Samaroo) et Sa Majesté la Reine. Les parties à l'arbitrage, en l'espèce, étaient le SEEFPO, le syndicat, et Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario, représentée par le ministère des Services sociaux et communautaires, dans un cas, et Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario, représentée par le ministère des Services correctionnels, dans l'autre.

Dans l'arrêt *Danyluk*, précité, par. 60, le juge Binnie a indiqué que la notion de lien de droit est assez élastique et qu'il faut trancher au cas par cas la question de l'étendue de l'intérêt qui crée un lien de droit. Compte tenu de cette position, on pourrait prétendre que la réciprocité en l'espèce est suffisante pour permettre l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Toutefois, je ne suis pas convaincue qu'on puisse, même en vertu d'une conception quelque peu assouplie de l'exigence du lien de droit, affirmer que les parties en l'espèce sont les mêmes que dans les instances antérieures ou des ayants droit de ces parties. À supposer même qu'il y ait un lien de droit entre les employés et leur syndicat, je suis d'avis que la Couronne, en sa qualité de poursuivante dans les instances criminelles, n'est pas une ayant droit de la Couronne en sa qualité d'employeur. Les ministères employeurs n'ont joué aucun rôle dans les instances criminelles, et ils n'auraient pas pu, non plus, se porter partie à ces instances. Le procureur général, qui voit à la marche des poursuites criminelles, ne représente pas les intérêts de parties déterminées, mais bien l'intérêt général. Malgré leur personnalité juridique et malgré la désignation sous laquelle ils

10

11

no relevant relationship to the Crown as prosecutor.

12 In any event, for the reasons given in *C.U.P.E.*, I am of the view that abuse of process is the most appropriate doctrine to resolve these cases. The main concern in this appeal does not relate to the technical requirements of mutuality, but to the broader question of the integrity of the judicial adjudicative function. Although both doctrines promote the better administration of justice, issue estoppel is a more appropriate doctrine to use when the focus is primarily on the interests of litigants. Abuse of process, on the other hand, transcends the interests of litigants and focuses on the integrity of the entire system. When an attempt is made to relitigate a criminal conviction, the doctrine of abuse of process provides the better line of inquiry.

B. *Meaning of Section 22.1 in Light of Public Service Statute Law Amendment Act, 2001*

13 In its factum, the appellant (at para. 57) refers to the new s. 48.1(1) of the *Crown Employees Collective Bargaining Act, 1993* (enacted by s. 18 of the *Public Service Statute Law Amendment Act, 2001*), that renders a prior criminal conviction of a Crown employee conclusive evidence that the employee committed the act for which he or she was convicted. The appellant argues that had the legislature intended to restrict the scope of the rebuttal evidence under s. 22.1 of the *Evidence Act*, it had the opportunity to do so, and presumably it would have been explicit about it.

14 For the reasons given in *C.U.P.E.*, I cannot agree that s. 22.1 reveals an unambiguous legislative intent to allow rebuttal evidence to be led in any and all circumstances. The recent amendment regarding the effects of the criminal conviction of a Crown employee goes much further than s. 22.1 of the

figurent aux poursuites judiciaires, les ministères en cause comme employeurs en l'espèce n'ont pas de relation significative avec la Couronne en tant que poursuivante.

Quoi qu'il en soit, j'estime, pour les motifs exposés dans *S.C.F.P.*, que la doctrine qui permet le mieux de résoudre ces affaires est celle de l'abus de procédure. La principale question soulevée par le présent pourvoi n'a pas trait aux exigences de forme de la réciprocité, elle concerne la question plus large de l'intégrité du processus décisionnel judiciaire. Bien que les deux doctrines visent à favoriser la meilleure administration possible de la justice, celle de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est plus indiquée lorsque l'accent est mis sur les intérêts des parties. La doctrine de l'abus de procédure, elle, transcende les intérêts des parties et s'attache à l'intégrité du système. Lorsqu'il s'agit de se prononcer sur une tentative de remise en cause d'une déclaration de culpabilité, c'est la doctrine de l'abus de procédure qui fournit le meilleur cadre d'analyse.

B. *L'interprétation de l'art. 22.1 compte tenu de la Loi de 2001 modifiant des lois en ce qui a trait à la fonction publique*

Dans son mémoire (au par. 57), l'appellant cite la modification récemment apportée au par. 48.1(1) de la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne* (édicte par l'art. 18 de la *Loi de 2001 modifiant des lois en ce qui a trait à la fonction publique*), selon laquelle une déclaration de culpabilité prononcée contre un employé de la Couronne constitue une preuve concluante que l'employé a commis l'acte visé dans la déclaration. L'appellant prétend que si le législateur avait voulu limiter l'étendue de la contre-preuve permise sous le régime de l'art. 22.1 de la *Loi sur la preuve*, il avait l'occasion de le faire et il l'aurait probablement fait explicitement.

Pour les motifs exposés dans *S.C.F.P.*, je ne puis me rendre à l'argument que l'art. 22.1 révèle une intention non équivoque de la part du législateur de permettre la présentation d'une contre-preuve en toutes circonstances. La modification récente concernant les effets d'une déclaration de

*Evidence Act*. It renders the conviction conclusive of the fact that the employee committed the crime, even when no common law doctrine could successfully be invoked to bar relitigation of that issue. In my view, the existence of that amendment has no effect on the proper interpretation of s. 22.1.

#### V. Disposition

For the foregoing reasons and for the reasons in *C.U.P.E.*, released concurrently, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

LEBEL J. — Subject to my comments in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, released concurrently, I concur with Arbour J.'s disposition of this appeal.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Koskie Minsky, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

culpabilité prononcée contre un employé de la Couronne va beaucoup plus loin que l'art. 22.1 de la *Loi sur la preuve*. Elle donne à la déclaration de culpabilité valeur de preuve concluante que l'employé a commis l'infraction, même dans les cas où l'on ne pourrait invoquer aucune doctrine de common law pour interdire la remise en cause. Selon moi, l'existence de cette modification n'influe pas sur l'interprétation à donner à l'art. 22.1.

#### V. Dispositif

Pour ces motifs et pour les motifs exposés dans l'arrêt *S.C.F.P.*, rendu simultanément, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges LeBel et Deschamps rendus par

LE JUGE LEBEL — Sous réserve de mes observations dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, rendu simultanément, je suis d'accord avec la façon dont la juge Arbour a tranché le présent pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appellant: Koskie Minsky, Toronto.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario: Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

15

16

**Corporation of the Town of  
Oakville** *Appellant*

v.

**Vann Niagara Ltd.** *Respondent*

**INDEXED AS: VANN NIAGARA LTD. v. OAKVILLE  
(TOWN)**

**Neutral citation: 2003 SCC 65.**

File No.: 29359.

2003: November 13.\*

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Municipal by-law limiting size of billboards — Whether by-law infringes right to freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).*

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 60 O.R. (3d) 1, 161 O.A.C. 183, 214 D.L.R. (4th) 307, 94 C.R.R. (2d) 255, [2002] O.J. No. 2323 (QL), reversing a decision of the Superior Court of Justice (2001), 88 C.R.R. (2d) 166, 21 M.P.L.R. (3d) 183, [2001] O.J. No. 3794 (QL), dismissing the respondent's application to quash a municipal by-law. Appeal allowed.

*George H. Rust-D'Eye, Barnet H. Kussner and Kim Mullin, for the appellant.*

*John A. Crossingham, for the respondent.*

**Corporation municipale de  
Oakville** *Appelante*

c.

**Vann Niagara Ltd.** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : VANN NIAGARA LTD. c. OAKVILLE  
(VILLE)**

**Référence neutre : 2003 CSC 65.**

N° du greffe : 29359.

2003 : 13 novembre\*.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Règlement municipal limitant la superficie des panneaux publicitaires — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).*

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 60 O.R. (3d) 1, 161 O.A.C. 183, 214 D.L.R. (4th) 307, 94 C.R.R. (2d) 255, [2002] O.J. No. 2323 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure de justice (2001), 88 C.R.R. (2d) 166, 21 M.P.L.R. (3d) 183, [2001] O.J. No. 3794 (QL), qui avait rejeté la demande de l'intimée sollicitant l'annulation d'un règlement municipal. Pourvoi accueilli.

*George H. Rust-D'Eye, Barnet H. Kussner et Kim Mullin, pour l'appelante.*

*John A. Crossingham, pour l'intimée.*



The judgment of the Court was delivered orally by

ARBOUR J. — There is no appeal from the unanimous decision of the Ontario Court of Appeal that the by-law prohibiting third party signs is unconstitutional.

We agree with MacPherson J.A. that the by-law limiting the size of signs to 80 square feet (7.5 square meters) infringes s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but is saved under s. 1 as it minimally impairs the freedom of expression of the respondent.

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal on that issue is set aside and the constitutional questions\*\* are answered in the affirmative. The appellant will have its costs in this Court. Each party will bear its own costs in the Court of Appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: WeirFoulds LLP, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Crossingham, Brady, St. Catharines, Ontario.*

\*\* On March 11, 2003, the following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Does s. 2(5)(a) of the Town of Oakville By-law No. 1994-142 infringe the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE ARBOUR — La décision unanime de la Cour d'appel de l'Ontario voulant que le règlement municipal prohibant l'érection par des tiers de panneaux publicitaires soit inconstitutionnel ne fait pas l'objet du présent pourvoi.

Nous sommes d'accord avec le juge MacPherson pour dire que le règlement limitant à 80 pieds carrés (7,5 mètres carrés) la superficie des panneaux publicitaires viole l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* mais qu'il est sauvegardé au regard de l'article premier du fait qu'il porte atteinte le moins possible à la liberté d'expression de l'intimée.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel sur cette question est annulé et une réponse affirmative est donnée aux questions constitutionnelles\*\*. L'appelante a droit à ses dépens en notre Cour. Chaque partie supportera ses dépens devant la Cour d'appel.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante : WeirFoulds LLP, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Crossingham, Brady, St. Catharines, Ontario.*

\*\* Le 11 mars 2003, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par la Juge en chef :

1. L'alinéa 2(5)a) du règlement n° 1994-142 de la ville de Oakville porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

**H & R Block Canada Inc.** Appellant

v.

**National Trust Co.** Respondent

**INDEXED AS: NATIONAL TRUST CO. v. H & R BLOCK CANADA INC.**

**Neutral citation: 2003 SCC 66.**

File No.: 28975.

2003: June 3; 2003: November 14.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Commercial law — Bulk sales — Personal liability of buyer — Buyer failing to comply with requirements of bulk sales legislation — Seller using proceeds of sale to discharge amounts owing to its two highest ranking secured creditors — Whether buyer “personally liable to account” to unsecured creditor for amount owing to it by seller as a result of non-compliance with legislation — Meaning of “personally liable to account” — Bulk Sales Act, R.S.O. 1990, c. B.14, s. 16(2).*

The appellant (“H & R”) purchased stock in bulk consisting largely of goodwill and client lists for the sum of \$800,000, from Tax Time Services, a company in financial difficulty. H & R contravened the *Bulk Sales Act* by failing to obtain a list of Tax Time’s creditors and by failing to give notice of the sale to the creditors. At the time of sale, all Tax Time’s assets had been pledged as security for its outstanding indebtedness. Tax Time applied the proceeds of sale against its debts owed to its two highest ranking secured creditors: the first creditor was paid in full, the second in part. The other secured and unsecured creditors remained unpaid. The respondent (“NT”), an unsecured creditor, commenced proceedings against H & R. The applications judge held that the sale was void and, pursuant to s. 16(2) of the *Bulk Sales Act*, ordered H & R to account by paying to NT the amount owing to NT by Tax Time. The majority of the Court of Appeal upheld the decision.

**H & R Block Canada Inc.** Appelante

c.

**Cie Trust National** Intimée

**RÉPERTORIÉ : CIE TRUST NATIONAL c. H & R BLOCK CANADA INC.**

**Référence neutre : 2003 CSC 66.**

N° du greffe : 28975.

2003 : 3 juin; 2003 : 14 novembre.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

*Droit commercial — Ventes en bloc — Responsabilité personnelle de l’acheteur — Défaut de l’acheteur de se conformer aux exigences de la Loi sur la vente en bloc — Désintéressement par le vendeur sur le produit de la vente de ses deux créanciers garantis de rang supérieur — En raison du non-respect de la Loi, l’acheteur est-il « personnellement tenu de rendre compte » au créancier non garanti de la somme due à ce dernier par le vendeur? — Sens de l’expression « personnellement tenu de rendre compte » — Loi sur la vente en bloc, L.R.O. 1990, ch. B.14, art. 16(2).*

Dans le cadre d’une vente en bloc, l’appelante (« H & R ») a acheté d’une entreprise qui connaissait des difficultés financières, Tax Time Services, des biens constitués essentiellement d’une liste de clients et d’un achalandage pour la somme de 800 000 \$. H & R a contrevenu à la *Loi sur la vente en bloc* du fait qu’elle a omis d’obtenir la liste des créanciers de Tax Time et d’aviser ceux-ci de la vente. Au moment de la vente, tous les éléments d’actif de Tax Time avaient été donnés en garantie à l’égard d’emprunts. Tax Time a appliqué le produit de la vente au paiement de ses dettes envers ses deux créanciers garantis de rang supérieur : le premier a été payé intégralement, le second partiellement. Les autres créanciers, garantis et non garantis, n’ont rien reçu. L’intimée (« TN »), créancière non garantie, a introduit une instance contre H & R. Le juge saisi de la demande a déclaré la vente nulle et, conformément au par. 16(2) de la *Loi sur la vente en bloc*, il a ordonné à H & R de rendre compte à TN en versant à cette dernière la somme qui lui était due par Tax Time. La Cour d’appel a confirmé cette décision à la majorité.

*Held* (LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: The buyer's duty to account under s. 16(2) of the *Bulk Sales Act* must be interpreted in light of the rules of statutory interpretation and, in particular, of the true purpose of the Act and of commercial realities. The Act has two main purposes: (1) to protect the interests of all creditors whose debtors have disposed of all or substantially all of their assets; and (2) to ensure the fair distribution of the proceeds of a sale in bulk among the seller's creditors, based on their priority ranking. The clear legislative intent is to deter fraud and to ensure that creditors are properly paid. The Act is not intended to be punitive in nature. In this context, the phrase "personally liable to account" in s. 16(2) is consistent with the interpretation that the buyer must account for what is owed, taking into account what was properly paid out to creditors from the proceeds of the sale in bulk. Buyers of bulk goods have some incentive to ensure that the appropriate creditors are paid, since the buyer will be liable for any difference. This limited duty of double payment is sufficient to serve as an incentive to buyers of sales in bulk to protect the interests of the seller's creditors, in accordance with the Act. A purposive approach to the accounting required under s. 16(2) directs a court to look to the substance, and not merely the form, of the payments made. The court retains the discretion to consider all of the facts of the case to determine what, if anything, should be done to put the unpaid creditors in the position they would have been in had the Act been complied with or whether a strict liability to pay, under s. 16(2), would lead to an unfair result. The creditor should not be placed in a better position than it would have been in had the buyer complied with the Act; conversely, the non-compliant buyer should not be unduly punished. A modern accounting should take into account proper payments to priority-ranking creditors made as a direct result of payment to the seller of the bulk goods. Finally, in the context of transactional business law, there are strong policy reasons for facilitating efficient transactions while protecting creditors. The Act should accommodate modern commercial realities as best it can.

Here, NT was not deprived of any money it would have received on a ratable distribution of the proceeds

*Arrêt* (les juges LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : L'obligation de rendre compte imposée à l'acheteur par le par. 16(2) de la *Loi sur la vente en bloc* doit être interprétée à la lumière des règles d'interprétation législative et, en particulier, de l'objet véritable de la Loi et des réalités commerciales. La Loi vise principalement deux objectifs importants : (1) la protection des droits de tous les créanciers dont les débiteurs se départissent de la totalité, ou presque, de leurs éléments d'actif; (2) la répartition équitable du produit de la vente en bloc entre les créanciers du vendeur, suivant leur rang dans l'ordre de collocation. Le législateur entend manifestement décourager la fraude et faire en sorte que les créanciers soient payés régulièrement. La Loi n'a pas un caractère punitif. Dans ce contexte, l'expression « personnellement tenu de rendre compte » au par. 16(2) est compatible avec l'interprétation selon laquelle l'acheteur doit rendre compte des sommes dues, tout en prenant en considération les paiements faits régulièrement aux créanciers sur le produit de la vente en bloc. Les acheteurs de biens en bloc ont intérêt à veiller au paiement des créanciers qui ont droit à quelque chose, car tout solde impayé est à leur charge. Cette obligation limitée de double paiement suffit pour inciter l'acheteur, dans le cadre d'une vente de stock en bloc, à protéger les droits des créanciers du vendeur conformément à la Loi. L'interprétation téléologique de l'obligation de rendre compte prévue au par. 16(2) requiert du tribunal qu'il examine la raison d'être du paiement et non pas seulement sa forme. Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de considérer l'ensemble des faits pour décider s'il y a lieu de prendre quelque mesure que ce soit pour placer les créanciers impayés dans la situation qui aurait été la leur si la Loi avait été respectée, ou si l'application stricte de l'obligation de payer prévue au par. 16(2) entraînerait une injustice. Le créancier ne devrait pas être placé dans une situation plus avantageuse que celle qui aurait été la sienne si l'acheteur s'était conformé à la Loi. En revanche, l'acheteur qui ne s'est pas conformé à la Loi ne devrait pas être indûment pénalisé. Dans l'application moderne de l'obligation de rendre compte, il faut prendre en considération les paiements qui ont été faits régulièrement aux créanciers de rang supérieur directement par le vendeur des biens en bloc. Enfin, dans le contexte du droit commercial, de solides considérations de politique générale justifient de faciliter l'efficacité économique des échanges tout en protégeant les créanciers. Il faut, dans l'interprétation de la Loi, tenir compte autant que possible des réalités commerciales modernes.

En l'espèce, TN n'a pas été privée de sommes auxquelles elle aurait eu droit si le produit de la vente en

of the bulk sale. Tax Time's payments to its two highest-ranking creditors did not place NT at a disadvantage. To require H & R to now pay to NT the value of the proceeds of the sale would be to place NT in a better position than it would have been in had the requirements of the Act been met and H & R would be unduly punished. This would be a very unfair result. NT was, therefore, not entitled to damages under the s. 16(2) duty to account.

*Per LeBel and Deschamps JJ. (dissenting):* The general objective of the *Bulk Sales Act* is to prevent debtors from making off with the proceeds of the sale of their assets without their creditors being paid. To achieve this objective, the Act provides for mechanisms reinforced by a sanction. The sanction is that the sale may be set aside (s. 16(1)) and, if that occurs, the buyer must account to the creditors for the value of the property that the buyer acquired in the sale (s. 16(2)). This sanction is essential to the proper operation of the Act since it gives the buyer and the seller an incentive for complying with it.

Where an application is brought to a judge under s. 16(1), the judge may refuse to set aside the sale. The discretion to be exercised, however, is limited. The judge must be satisfied that the transaction is advantageous to all creditors protected by the Act, that the parties to the sale had a legitimate reason or an excuse for not complying with the Act, and that the objective of deterrence was not circumvented. An *ex post facto* analysis of what complying with the Act would have meant for creditors is neither desirable nor useful. If the parties do not comply with the Act and the sale is set aside, there is no room for any speculation: the buyer must account to the creditors for the value of the property purchased. The bright-line rule set out in s. 16(2) cannot be interpreted in such a way as to take the payments made by the seller into account. An interpretation based on the use of the proceeds of sale to pay the secured creditors would undermine the spirit of the Act, which is intended to protect not only secured creditors but also ordinary creditors. It would also do violence to the wording chosen by Parliament, in that it substitutes the words "proceeds of the sale" for "value thereof". Under s. 16(2), the use made by the seller of the sale price received by the seller is of no relevance. Section 16(2) deals only with the buyer's liability to the creditors.

Here, the parties did not comply with the Act with full knowledge of what they were doing and there is nothing in the evidence that would suggest that the transaction was obviously advantageous to the creditors and that this justified disregarding the objectives of protection,

bloc avait été réparti au prorata des créanciers. Les paiements effectués par Tax Time à ses deux créanciers de rang supérieur n'ont pas désavantagé TN. Obliger maintenant H & R à payer à TN la valeur du produit de la vente aurait pour effet de placer TN dans une situation plus avantageuse que si les exigences de la Loi avaient été respectées et à punir indûment H & R. Il s'agirait là d'un résultat très injuste. TN n'a donc pas droit à des dommages-intérêts sur le fondement de l'obligation de rendre compte prévue au par. 16(2).

*Les juges LeBel et Deschamps (dissidents) :* L'objectif général de la *Loi sur la vente en bloc* est d'empêcher les débiteurs de s'approprier le montant de la vente de leurs actifs sans que leurs créanciers ne soient payés. Pour assurer la réalisation de cet objectif, la Loi prévoit des mécanismes qui sont complétés par une sanction. La sanction prévoit que la vente peut être annulée (par. 16(1)) et, si c'est le cas, l'acheteur doit rendre compte aux créanciers de la valeur des biens qu'il a obtenus lors de la vente (par. 16(2)). Cette sanction est essentielle au bon fonctionnement de la Loi puisqu'elle incite l'acheteur et le vendeur à s'y conformer.

Saisi d'une demande en vertu du par. 16(1), le juge peut refuser d'annuler la vente. Cet exercice de discrétion est toutefois limité. Le juge doit être convaincu que la transaction avantage tous les créanciers protégés par la Loi, que les parties à la vente avaient un motif légitime ou une excuse pour ne pas respecter la Loi et que l'objectif de dissuasion n'est pas desservi. Un exercice d'évaluation a posteriori du sort qu'aurait réservé aux créanciers le respect de la Loi n'est ni souhaitable ni utile. Si les parties ne se conforment pas à la Loi et que la vente est annulée, il n'y a place à aucune spéculation : l'acheteur doit rendre compte aux créanciers de la valeur des biens achetés. La règle claire énoncée au par. 16(2) ne peut être interprétée de façon à prendre en considération les paiements faits par le vendeur. Une interprétation qui s'attache à l'utilisation du produit de la vente pour payer les créanciers garantis fait fi de l'esprit de la Loi qui vise à protéger non seulement les créanciers garantis mais aussi les créanciers ordinaires. Elle viole également le texte choisi par le législateur en ce qu'elle substitue aux mots « valeur de ce stock » les mots « produit de la vente ». Selon le par. 16(2), l'utilisation que le vendeur a faite du prix de vente qu'il a reçu n'a aucune pertinence. Ce paragraphe ne traite que de l'obligation de l'acheteur à l'égard des créanciers.

En l'espèce, les parties ont dérogé à la Loi en toute connaissance de cause et la preuve ne révèle aucun fait qui peut laisser croire que la transaction est à l'avantage évident des créanciers et que cet avantage justifie de passer outre aux objectifs de protection, de transparence,

transparency, consultation and deterrence. The argument that NT would have been in the same position if there had been compliance with the Act is based on pure speculation. Since the trial judge found that the sale was void, the duty to account for the property is automatic.

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Approved:** *Motorsource Inc. v. A.O. Smith Corp.* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 1; **overruled:** *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. v. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563; **referred to:** *McLennan v. Fulton* (1921), 50 O.L.R. 572; *Re St. Thomas Cabinets, Ltd.* (1921), 61 D.L.R. 487; *Garson v. Canadian Credit Men's Trust Association*, [1929] S.C.R. 282.

By Deschamps J. (dissenting)

*Higgins v. Elliott* (1922), 65 D.L.R. 154; *McLennan v. Fulton* (1921), 50 O.L.R. 572; *Re St. Thomas Cabinets, Ltd.* (1921), 61 D.L.R. 487; *Garson v. Canadian Credit Men's Trust Association*, [1929] S.C.R. 282; *Motorsource Inc. v. A.O. Smith Corp.* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 1; *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. v. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563.

### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy Act*, R.S.C. 1985, c. B-3.  
*Bulk Sales Act*, R.S.O. 1990, c. B.14, ss. 1 "sale in bulk", 3, 4, 7, 8(1), (2), 9(1), 12, 16, 17(1).  
*Bulk Sales Act, 1917*, S.O. 1917, c. 33.  
*Bulk Sales Act, 1959*, S.O. 1959, c. 9, s. 17.  
*Insolvent Act of 1875*, S.C. 1875, c. 16.

### Authors Cited

Belsheim, Edmund O. "The Old Action of Account" (1931-1932), 45 *Harv. L. Rev.* 466.  
 Billig, Thomas Clifford. "Bulk Sales Laws: A Study in Economic Adjustment" (1928), 77 *U. Pa. L. Rev.* 72.  
*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990, "account".  
 Bowes, Richard. Alberta Law Reform Institute. Report No. 56. *The Bulk Sales Act*. Edmonton: The Institute, 1990.  
 British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Bulk Sales Legislation*. Vancouver: The Commission, 1983.  
 Forbes, Robert M. *Handbook: Ontario Bulk Sales Act*. Burlington, Ont.: Rapport Publishing, 1990.  
 Langdell, C. C. "A Brief Survey of Equity Jurisdiction" (1889), 2 *Harv. L. Rev.* 241.

de consultation et de dissuasion. L'argument selon lequel TN aurait été dans la même position si la Loi avait été respectée est fondé sur une pure conjecture. Le juge de première instance ayant conclu à la nullité de la vente, l'obligation de rendre compte des biens est automatique.

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêt approuvé:** *Motorsource Inc. c. A.O. Smith Corp.* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 1; **arrêt renversé:** *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. c. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563; **arrêts mentionnés:** *McLennan c. Fulton* (1921), 50 O.L.R. 572; *Re St. Thomas Cabinets, Ltd.* (1921), 61 D.L.R. 487; *Garson c. Canadian Credit Men's Trust Association*, [1929] R.C.S. 282.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*Higgins c. Elliott* (1922), 65 D.L.R. 154; *McLennan c. Fulton* (1921), 50 O.L.R. 572; *Re St. Thomas Cabinets, Ltd.* (1921), 61 D.L.R. 487; *Garson c. Canadian Credit Men's Trust Association*, [1929] R.C.S. 282; *Motorsource Inc. c. A.O. Smith Corp.* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 1; *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. c. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563.

### Lois et règlements cités

*Acte de Faillite de 1875*, S.C. 1875, ch. 16.  
*Bulk Sales Act, 1917*, S.O. 1917, ch. 33.  
*Bulk Sales Act, 1959*, S.O. 1959, ch. 9, art. 17.  
*Loi sur la faillite*, L.R.C. 1985, ch. B-3.  
*Loi sur la vente en bloc*, L.R.O. 1990, ch. B.14, art. 1 « vente en bloc », 3, 4, 7, 8(1), (2), 9(1), 12, 16, 17(1).

### Doctrine citée

Belsheim, Edmund O. « The Old Action of Account » (1931-1932), 45 *Harv. L. Rev.* 466.  
 Billig, Thomas Clifford. « Bulk Sales Laws : A Study in Economic Adjustment » (1928), 77 *U. Pa. L. Rev.* 72.  
*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing, 1990, « account ».  
 Bowes, Richard. Alberta Law Reform Institute. Report No. 56. *The Bulk Sales Act*. Edmonton : The Institute, 1990.  
 Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Bulk Sales Legislation*. Vancouver : The Commission, 1983.  
 Forbes, Robert M. *Handbook : Ontario Bulk Sales Act*. Burlington, Ont. : Rapport Publishing, 1990.  
 Langdell, C. C. « A Brief Survey of Equity Jurisdiction » (1889), 2 *Harv. L. Rev.* 241.

Manitoba. Law Reform Commission. Report No. 71. *Report on the Bulk Sales Act*. Winnipeg: The Commission, 1988.

Northwest Territories. Committee on Law Reform. Working Paper No. 3. *The Bulk Sales Act*. Yellowknife: The Committee, 1990.

Saskatchewan. Law Reform Commission. *The Bulk Sales Act: Report to the Minister of Justice*. Saskatoon: The Commission, 1990.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 151 O.A.C. 82, 28 C.B.R. (4th) 251, 56 O.R. (3d) 188, 207 D.L.R. (4th) 147, 18 B.L.R. (3d) 172, 46 R.P.R. (3d) 182, [2001] O.J. No. 4127 (QL), reversing in part a judgment of the Ontario Court (General Division). Appeal allowed, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

*Samuel R. Rickett and Michael J. W. Round*, for the appellant.

*David J. T. Mungovan and Peter J. Cavanagh*, for the respondent.

The judgment of Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

## I. Introduction

1 This appeal focuses on the application of the remedy provision, under s. 16(2) of Ontario's *Bulk Sales Act*, R.S.O. 1990, c. B.14 (the "Act"), when a bulk sale has been declared void for failure to comply with the requirements of the Act. This is the first time this Court has been asked to interpret and apply s. 16(2).

2 The specific issue before this Court is whether, where a sale of stock in bulk has been declared void and set aside for non-compliance with the Act, the value of the stock in bulk for which the buyer is obliged to account to the seller's unpaid creditors under s. 16(2) must be reduced by amounts paid by the seller out of the proceeds of the sale to secured creditors.

Manitoba. Commission de réforme du droit. Report No. 71. *Report on the Bulk Sales Act*. Winnipeg : La Commission, 1988.

Saskatchewan. Law Reform Commission. *The Bulk Sales Act : Report to the Minister of Justice*. Saskatoon : The Commission, 1990.

Territoires du Nord-Ouest. Committee on Law Reform. Working Paper No. 3. *The Bulk Sales Act*. Yellowknife : The Committee, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 151 O.A.C. 82, 28 C.B.R. (4th) 251, 56 O.R. (3d) 188, 207 D.L.R. (4th) 147, 18 B.L.R. (3d) 172, 46 R.P.R. (3d) 182, [2001] O.J. No. 4127 (QL), qui a infirmé en partie un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale). Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

*Samuel R. Rickett et Michael J. W. Round*, pour l'appelante.

*David J. T. Mungovan et Peter J. Cavanagh*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

## I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l'application de la disposition réparatrice prévue au par. 16(2) de la *Loi sur la vente en bloc* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.14 (la « Loi »), lorsqu'une vente en bloc est déclarée nulle pour cause de non-conformité avec les exigences prescrites par la Loi. C'est la première fois que notre Cour est appelée à interpréter et à appliquer le par. 16(2).

De façon plus précise, notre Cour doit décider si, dans les cas où une vente en bloc est annulée pour cause de non-conformité avec la Loi, la valeur du stock en bloc dont l'acheteur est tenu de rendre compte aux créanciers impayés du vendeur en application du par. 16(2) doit être réduite des sommes versées sur le produit de la vente par le vendeur aux créanciers garantis.

Tax Time Services Ltd. (“Tax Time”) was in the business of tax preparation and the discounting of tax refunds. From 1984 to 1987, the respondent, National Trust Co. (“National Trust”), financed Tax Time’s business of discounting income tax refunds. A contract dispute occurred in 1987, and litigation ensued. While this litigation was ongoing, the transaction that is the subject of this appeal took place.

In 1991, the appellant, H & R Block Canada Inc. (“H & R Block”), purchased property used by Tax Time for its business of tax preparation and discounting of tax refunds which had a book value of \$82,000, for a sale price of \$800,000. H & R Block also received a customer list and “goodwill”, the benefit of a non-competition clause as well as indemnification from one of the principals of Tax Time for any liability arising from non-compliance with the *Bulk Sales Act*. The transaction between Tax Time and H & R Block was a “bulk sale”. H & R Block did not comply with the *Bulk Sales Act*. Specifically, it did not demand or receive a list of creditors from Tax Time; it gave no notice to the creditors of Tax Time; nor did it seek consent from such creditors.

At the time of the transaction, in mid-1991, Tax Time’s financial situation was not encouraging. All of Tax Time’s assets stood as security for loans from the Royal Bank of Canada, First City Trust Co., the National Bank of Canada, Norex Leasing, the Federal Business Development Bank and the Bank of Nova Scotia. Tax Time also had 35 unsecured creditors, one of which was National Trust. Tax Time applied the entire \$800,000 against its debts owed to its two most senior-ranking secured creditors, as would have been required under s. 12(1) of the Act (and the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1985, c. B-3). First City Trust Co. was paid \$425,000, apparently discharging the debt. However, the Royal Bank was not paid in full. National Trust commenced this proceeding under s. 17(1) of the Act, seeking an accounting from H & R Block for the value of the bulk goods. Significantly, there is no suggestion

3  
Tax Time Services Ltd. (« Tax Time ») exploitait une entreprise d’escomptage fiscal. De 1984 à 1987, l’intimée, la Compagnie Trust National (« Trust National »), a financé cette entreprise. Un différend contractuel est survenu entre les parties en 1987 et a donné lieu à des poursuites. L’opération faisant l’objet du présent pourvoi a été réalisée pendant ces poursuites.

4  
En 1991, l’appelante, H & R Block Canada Inc. (« H & R Block »), a acquis pour 800 000 \$ des biens d’une valeur comptable de 82 000 \$ utilisés par Tax Time dans le cadre de son entreprise d’escomptage fiscal. H & R Block a également obtenu la liste des clients et un « achalandage », ainsi qu’une clause de non-concurrence et un engagement de la part de l’un des dirigeants de Tax Time de dédommager H & R Block si elle était tenue responsable en raison du non-respect de la *Loi sur la vente en bloc*. L’opération réalisée par Tax Time et H & R Block était une « vente en bloc ». H & R Block ne s’est pas conformée aux exigences de la *Loi sur la vente en bloc*. Plus précisément, elle n’a pas demandé à Tax Time ni reçu de celle-ci la liste de ses créanciers, elle n’a pas avisé les créanciers de Tax Time de l’opération, ni demandé à ceux-ci s’ils y consentaient.

5  
Au moment de l’opération, soit au milieu de 1991, la situation financière de Tax Time n’était guère encourageante. Tous ses éléments d’actif avaient été donnés en garantie à l’égard de prêts consentis par la Banque Royale du Canada, First City Trust Co., la Banque nationale du Canada, Norex Leasing, la Banque fédérale de développement et la Banque de Nouvelle-Écosse. Tax Time avait également 35 créanciers non garantis, dont Trust National. Tax Time a appliqué l’ensemble des 800 000 \$ au paiement de ses dettes envers ses deux créanciers garantis de rang supérieur, comme elle aurait été tenue de le faire en vertu du par. 12(1) de la Loi (ainsi qu’en vertu de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. 1985, ch. B-3). First City Trust Co. a reçu la somme de 425 000 \$, ce qui lui a semble-t-il permis de recouvrer sa créance. La Banque Royale n’a cependant pas été payée intégralement. Trust National a introduit une instance en vertu du par. 17(1) de la Loi, demandant

that Tax Time or H & R Block acted dishonestly, and the sale price of \$800,000 is not contested.

à H & R Block de rendre compte de la valeur des biens vendus en bloc. Le prix de vente de 800 000 \$ n'est pas contesté et, fait notable, personne ne prétend que Tax Time ou H & R Block ont agi de façon malhonnête.

6 The *Bulk Sales Act* has at least two significant objectives or purposes: (i) to protect the interests of all creditors whose debtors have disposed of all or substantially all of their assets; and (ii) to ensure the fair distribution of the proceeds of a sale in bulk among the seller's creditors, based on their priority ranking. The clear legislative intent is to deter fraud and to ensure that creditors are properly paid. This said, I am of the view that the *Bulk Sales Act* is not intended to be punitive in nature and that this should be taken into account in its interpretation. A purposive approach to the accounting required under s. 16(2) directs us to look to the substance and not merely the form of the payment to the seller's creditors from the proceeds of the sale. The court retains the discretion to consider all of the facts of the case to determine whether liability to account under s. 16(2) has been fulfilled.

La *Loi sur la vente en bloc* vise au moins deux objectifs importants : (i) la protection des droits de tous les créanciers dont les débiteurs se départissent de la totalité, ou presque, de leurs éléments d'actif; (ii) la répartition équitable du produit de la vente en bloc entre les créanciers du vendeur, suivant leur rang dans l'ordre de collocation. Le législateur entend manifestement décourager la fraude et faire en sorte que les créanciers soient payés régulièrement. Cela dit, j'estime que la *Loi* n'a pas un caractère punitif et que cette considération doit être prise en compte dans son interprétation. L'interprétation téléologique de l'obligation de rendre compte prévue au par. 16(2) requiert que nous examinions la raison d'être et non pas simplement la forme du paiement versé aux créanciers du vendeur sur le produit de la vente. Le tribunal garde le pouvoir discrétionnaire de considérer l'ensemble des faits pour juger si l'obligation de rendre compte prévue au par. 16(2) a été respectée.

## II. Overview of the *Bulk Sales Act*

## II. Aperçu de la *Loi sur la vente en bloc*

7 Legislation regulating the sale of bulk goods was first introduced in the United States around the turn of the 20th century. These laws were the product of an initiative by creditors to combat commercial fraud, which was prevalent at that time. See T. C. Billig, "Bulk Sales Laws: A Study in Economic Adjustment" (1928), 77 *U. Pa. L. Rev.* 72, at p. 81. Bulk sales laws were in place in 45 U.S. jurisdictions and in all Canadian jurisdictions by 1922. See R. M. Forbes, *Handbook: Ontario Bulk Sales Act* (1990).

C'est au tournant du vingtième siècle que des lois réglementant la vente d'objets en bloc ont commencé à être édictées aux États-Unis. L'adoption de ces lois résultait des efforts déployés par des créanciers pour lutter contre la fraude commerciale, phénomène très répandu à l'époque. Voir T. C. Billig, « Bulk Sales Laws : A Study in Economic Adjustment » (1928), 77 *U. Pa. L. Rev.* 72, p. 81. En 1922, des lois en matière de vente en bloc étaient en vigueur dans 45 États américains ainsi que dans tous les ressorts canadiens. Voir R. M. Forbes, *Handbook : Ontario Bulk Sales Act* (1990).

8 From the outset, bulk sales legislation has been judicially recognized as protecting the interests of creditors whose merchant debtors had disposed of all or substantially all of the inventory, chattels and fixtures by which they carry on business. See *McLennan v. Fulton* (1921), 50 O.L.R. 572 (C.A.),

Dès le départ, les tribunaux ont reconnu que les lois sur la vente en bloc protégeaient les droits des créanciers dont les débiteurs commerçants s'étaient départis de la totalité ou presque de l'inventaire, des biens personnels et des accessoires fixes avec lesquels ils exploitaient



at p. 577; *Re St. Thomas Cabinets, Ltd.* (1921), 61 D.L.R. 487 (Ont. S.C.), at p. 491; and *Garson v. Canadian Credit Men's Trust Association*, [1929] S.C.R. 282, at pp. 285-86. However, such laws were recently repealed in Alberta, British Columbia, Manitoba, Saskatchewan, Yukon and the Northwest Territories, following reports of law reform commissions in those jurisdictions that the goal of protecting creditors, to the extent that it is achieved by bulk sales legislation, is realized only at the cost of significant commercial inconvenience, disruption and expense. More importantly, these laws were largely seen as unnecessary in light of the availability of remedies under the general law of fraudulent conveyance. See Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Bulk Sales Legislation* (1983), at p. 1; Manitoba Law Reform Commission, Report No. 71, *Report on the Bulk Sales Act* (1988); Northwest Territories Committee on Law Reform, Working Paper No. 3, *The Bulk Sales Act* (1990); Law Reform Commission of Saskatchewan, *The Bulk Sales Act: Report to the Minister of Justice* (1990); R. Bowes, Alberta Law Reform Institute, Report No. 56, *The Bulk Sales Act* (1990).

In Ontario, the *Bulk Sales Act* was originally enacted in 1917 (S.O. 1917, c. 33). After minor amendments in 1933, a new Act came into force in 1959 (S.O. 1959, c. 9). The major change in the 1959 legislation was in relation to the consequences of non-compliance with the Act by the buyer of the stock in bulk, which is the issue in this appeal. What are now s. 16(1) and s. 16(2) were introduced as s. 17 to provide unpaid creditors of the seller with a remedy against the buyer. Under the former legislation, the only penalty imposed on a buyer for non-compliance was to render the transaction voidable if it was attacked by the seller's creditors within the statutory limitation period.

leur entreprise. Voir *McLennan c. Fulton* (1921), 50 O.L.R. 572 (C.A.), p. 577; *Re St. Thomas Cabinets, Ltd.* (1921), 61 D.L.R. 487 (C.S. Ont.), p. 491; et *Garson c. Canadian Credit Men's Trust Association*, [1929] R.C.S. 282, p. 285-286. Toutefois, de telles lois ont récemment été abrogées en Alberta, en Colombie-Britannique, au Manitoba, en Saskatchewan, au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest, après que les commissions de réforme du droit de ces provinces et territoires ont signalé, dans leur rapport respectif, que l'objectif de protection des créanciers — dans la mesure où les lois en matière de vente en bloc en permettent la réalisation — n'est réalisé qu'au prix de substantiels inconvénients, coûts et perturbations pour le secteur commercial. Facteur plus important, ces lois étaient largement considérées comme inutiles en raison des recours qui existaient en vertu des règles de droit générales en matière de transfert frauduleux. Voir Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Bulk Sales Legislation* (1983), p. 1; Commission de réforme du droit du Manitoba, Report No. 71, *Report on the Bulk Sales Act* (1988); Northwest Territories Committee on Law Reform, Working Paper No. 3, *The Bulk Sales Act* (1990); Law Reform Commission of Saskatchewan, *The Bulk Sales Act : Report to the Minister of Justice* (1990); R. Bowes, Alberta Law Reform Institute, Report No. 56, *The Bulk Sales Act* (1990).

En Ontario, la première *Loi sur la vente en bloc* a été édictée en 1917 (S.O. 1917, ch. 33). À la suite de changements mineurs en 1933, une nouvelle loi est entrée en vigueur en 1959 (S.O. 1959, ch. 9). La principale modification apportée par cette loi portait sur les conséquences de l'inobservation de celle-ci par l'acheteur du stock en bloc, situation en litige dans le présent pourvoi. L'ancien art. 17, remplacé aujourd'hui par les par. 16(1) et 16(2), offrait aux créanciers impayés du vendeur un recours contre l'acheteur. Sous le régime de l'ancienne loi, la seule sanction infligée à l'acheteur pour le non-respect de la loi était que l'opération était annulable en cas de contestation présentée par les créanciers du vendeur à l'intérieur du délai de prescription prévu par la loi.

10

Section 17 (now s. 16(2)) introduced an alternative remedy for creditors — an accounting by the buyer of the value of the bulk goods, as well as a personal judgment against the buyer for the value thereof. Specifically, s. 16(2) states that “[i]f a sale in bulk has been set aside or declared void and the buyer has received or taken possession of the stock in bulk, the buyer is personally liable to account to the creditors of the seller for the value thereof, including all money, security and property realized or taken by the buyer from, out of, or on account of, the sale or other disposition by the buyer of the stock in bulk” (emphasis added). There have been no substantive changes to the Act since 1959.

11

Ontario’s *Bulk Sales Act* applies to any sale of goods “out of the usual course of business or trade of the seller” (s. 1 “sale in bulk”). This means that any sale of substantially all of the assets of a business, or a sale of the assets used to operate the business, as occurred in this case, must comply with the provisions of the Act. Under s. 4, a buyer, before paying or delivering to the seller any part of the proceeds of the sale, must demand and receive from the seller a list of creditors. Under s. 8(1), the sale may proceed only if: the claims of the seller’s unsecured creditors do not exceed \$2,500 and the claims of the seller’s secured creditors do not exceed \$2,500 (s. 8(1)(a)); the seller delivers a statement showing that all claims of all creditors, unsecured and secured, have been paid in full (s. 8(1)(b)); or adequate provision has been made for the immediate payment in full of all claims of the creditors, unsecured and secured (s. 8(1)(c)). Under s. 8(2)(a), the sale may proceed only if 60 per cent of the unsecured creditors (by number and amount) have consented to the sale. In this latter case, the sale is to be made through a trustee, appointed under s. 9(1), who must distribute the proceeds in accordance with the priorities set out in the *Bankruptcy Act* (s. 12(1)).

L’article 17 (aujourd’hui le par. 16(2)) a établi un autre recours en faveur des créanciers — à savoir l’obligation pour l’acheteur de rendre compte de la valeur des objets vendus en bloc, de même qu’un jugement personnel contre ce dernier pour cette somme. Aux termes du par. 16(2), « [I]orsque la vente en bloc est annulée ou déclarée nulle et que l’acheteur a reçu le stock en bloc ou en a pris possession, il est personnellement tenu de rendre compte aux créanciers du vendeur de la valeur de ce stock et notamment de l’ensemble des sommes, des sûretés et des biens qu’il a réalisés ou obtenus par l’aliénation, notamment la vente, qu’il a faite du stock en bloc » (je souligne). La Loi n’a subi aucune modification substantielle depuis 1959.

La *Loi sur la vente en bloc* de l’Ontario s’applique à toute vente de biens effectuée « en dehors du cadre habituel de l’entreprise ou du commerce du vendeur » (art. 1 « vente en bloc »). Cela signifie que toute vente de la presque totalité des éléments d’actif d’une entreprise ou toute vente des éléments d’actif servant à l’exploitation de celle-ci, comme c’est le cas en l’espèce, doit être conforme aux exigences de la Loi. L’article 4 précise que, avant de verser ou de remettre au vendeur une partie du produit de la vente, l’acheteur doit exiger et recevoir du vendeur la liste des créanciers. Le paragraphe 8(1) dispose que la vente ne peut avoir lieu que dans les cas suivants : les créances des créanciers non garantis du vendeur et celles de ses créanciers garantis ne dépassent pas 2 500 \$ respectivement (al. 8(1)(a)); le vendeur délivre une déclaration montrant que les créances de tous ses créanciers garantis et non garantis ont été acquittées intégralement (al. 8(1)(b)); lorsqu’il est suffisamment pourvu à l’acquittement intégral et immédiat de toutes les créances des créanciers garantis et non garantis (al. 8(1)(c)). Comme l’indique l’al. 8(2)a), la vente ne peut avoir lieu que si 60 pour 100 des créanciers non garantis (en nombre et en valeur) y ont consenti. Dans ce dernier cas, la vente doit se faire par l’entremise d’un fiduciaire nommé en vertu du par. 9(1), lequel doit répartir le produit de la vente suivant l’ordre de collocation établi dans la *Loi sur la faillite* (par. 12(1)).

The only method available for avoiding this sale by trustee is to obtain a judicial exemption under s. 3(1): “A seller may apply to a judge for an order exempting a sale in bulk from the application of this Act, and the judge, if satisfied, on the affidavit of the seller and any other evidence, that the sale is advantageous to the seller and will not impair the seller’s ability to pay creditors in full, may make the order . . . .”

Under s. 16(1), a sale in bulk is voidable unless the buyer has complied with the Act. H & R Block did not comply with the Act. At issue, then, is the nature of the remedy under s. 16(2) that is applicable where no fraud has occurred, but where the sale proceeds were paid out by the seller, and not the buyer, to its creditors in the order of their priority credit rankings.

### III. Judicial History

#### A. *Ontario Court of Justice (General Division)*

At the hearing before the application judge, the parties agreed that the bulk sale did not comply with the Act. The parties also agreed that the “value of the stock in bulk”, within the meaning of s. 16(2) of the Act, was \$800,000, being the amount that H & R Block paid to purchase the stock from Tax Time.

Spence J. declared the sale from Tax Time to H & R Block void for non-compliance with the Act. Specifically, he noted that there had been no request for an exemption under s. 3, and no statement had been delivered under s. 4. Neither party appealed this finding. Spence J. ordered H & R Block to account to National Trust for the value of the stock in bulk and held that H & R Block was not entitled to “credit” for the payments made by Tax Time to its secured creditors from the sale proceeds to offset its liability to account for the value of the assets. Spence J. found that in the cases where a buyer had been granted such “credit”, it was for amounts paid by the buyer to creditors of

Le seul moyen d’éviter la vente par l’entremise d’un fiduciaire consiste à obtenir une exemption judiciaire conformément au par. 3(1), qui est rédigé ainsi : « Le vendeur peut demander à un juge, par voie de requête, de rendre une ordonnance exemptant une vente en bloc de l’application de la présente loi. Le juge qui est convaincu, compte tenu de la preuve et notamment de l’affidavit du vendeur, que la vente est à l’avantage du vendeur et ne diminue pas sa capacité de payer intégralement ses créanciers, peut rendre l’ordonnance . . . ».

Comme le précise le par. 16(1), une vente en bloc est susceptible d’être annulée sauf si l’acheteur s’est conformé à la Loi. H & R Block ne s’est pas conformée à la Loi. Il s’agit donc de décider de la nature de la réparation prévue au par. 16(2) qui s’applique en l’absence de fraude, dans les cas où c’est non pas l’acheteur mais plutôt le vendeur qui remet le produit de la vente à ses créanciers, suivant leur rang dans l’ordre de collocation.

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Cour de justice de l’Ontario (Division générale)*

À l’audience devant le juge saisi de la demande, les parties ont reconnu que la vente en bloc ne respectait pas la Loi et elles ont dit être d’accord sur le fait que la « valeur du stock en bloc », au sens du par. 16(2) de la Loi, s’élevait à 800 000 \$, soit la somme versée par H & R Block à Tax Time pour acquérir le stock.

Le juge Spence a déclaré la vente entre Tax Time et H & R Block nulle pour cause de non-conformité avec la Loi. De façon plus précise, il a souligné qu’aucune demande d’exemption n’avait été présentée en application de l’art. 3 et que la déclaration prévue par l’art. 4 n’avait pas été remise. Les parties n’ont pas fait appel de cette conclusion. Le juge Spence a ordonné à H & R Block de rendre compte à Trust National de la valeur du stock en bloc et il a statué que H & R Block ne pouvait, aux fins de réduction de cette obligation de rendre compte, invoquer quelque [TRADUCTION] « crédit » pour les paiements faits sur le produit de la vente par Tax Time à ses créanciers garantis. Le juge Spence

12

13

14

15

the seller over and above the sale price paid by the buyer.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 56 O.R. (3d) 188

(1) MacPherson J.A. (McMurtry C.J.O. concurring)

16

In brief reasons, the majority of the Ontario Court of Appeal endorsed the reasoning and conclusion of the application judge as “impeccable” (para. 74). The purpose of the Act is to protect unsecured as well as secured creditors, either by ensuring that all creditors’ claims are paid in full, or by allowing the sale to proceed, giving all creditors, including unsecured creditors, an opportunity to state their position on the proposed sale. The parties agreed that the Act was not complied with and that these objectives were not achieved. The argument that National Trust would have been in the same position if the Act had been complied with is based on assumptions about what would have happened if the sale had been executed in accordance with the law. Other outcomes apart from the one assumed by Borins J.A. might have been possible: National Trust might have been able to improve its position had it been given an opportunity to contest the transaction; or it might have been able to argue for a higher purchase price or different sale conditions. It was too late to speculate. A unilateral decision by Tax Time as to how to distribute the proceeds of the sale was not a proper accounting for the value of the stock in bulk.

(2) Borins J.A. (dissenting)

17

Borins J.A.’s lengthy dissent includes an overview of the origins, purpose and operation of the *Bulk Sales Act*. His analysis flows from the purpose of the Act, which, in his view, is to prevent a company in trouble from spiriting away all of its assets and to ensure that the assets that remain are

a conclu que, dans les affaires où l’acheteur s’était vu accorder un tel « crédit », le crédit correspondait à la somme versée par l’acheteur aux créanciers du vendeur en sus du prix de vente.

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (2001), 56 O.R. (3d) 188

(1) Le juge MacPherson (avec l’appui du juge en chef de l’Ontario McMurtry)

Dans de brefs motifs, les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont souscrit au raisonnement et à la conclusion du juge saisi de la demande et qualifié sa décision d’[TRADUCTION] « impeccable » (par. 74). La Loi a pour objet de protéger tant les créanciers non garantis que les créanciers garantis, soit en faisant en sorte que toutes les créances soient payées intégralement, soit en autorisant la tenue de la vente pourvu que soit donnée à tous les créanciers — y compris ceux qui ne sont pas garantis — la possibilité de faire connaître leur position sur la vente projetée. Les parties ont admis que la Loi n’a pas été respectée et que les objectifs susmentionnés n’ont pas été réalisés. La thèse selon laquelle Trust National aurait été dans la même situation si la Loi avait été respectée repose sur des hypothèses concernant ce qui serait arrivé si la vente avait été effectuée conformément aux règles de droit applicables. Outre celui invoqué par le juge Borins, d’autres scénarios auraient été possibles : Trust National aurait pu être en mesure d’améliorer sa situation si elle avait eu la possibilité de contester l’opération; elle aurait peut-être pu préconiser un prix d’achat plus élevé ou des conditions de vente différentes. Il était cependant trop tard pour émettre des hypothèses à ce sujet. La décision unilatérale de Tax Time quant à la répartition du produit de la vente n’était pas la manière appropriée de rendre compte de la valeur du stock en bloc.

(2) Le juge Borins (dissident)

Dans sa longue dissidence, le juge Borins fait une synthèse des origines, de l’objet et de l’application de la *Loi sur la vente en bloc*. Son analyse s’inspire de l’objet de la Loi, qui, à son avis, consiste d’une part à empêcher les entreprises en difficulté de se départir furtivement de leurs éléments

distributed among the seller's creditors fairly and ratably. In this case, although the sale did not comply with the Act, it was conducted in such a way that the objectives of the Act were achieved. The proceeds of the sale were distributed exactly as they would have been had the sale proceeded in compliance with the Act under a trustee appointed by a judge; that is, they were paid to secured creditors in order of priority.

Borins J.A., at para. 50, held:

In keeping with the well-accepted nature of an equitable action for an accounting, the buyer is required to provide an account of all money it paid for the stock in bulk and its disbursement by the seller. If the seller has disbursed the proceeds in a manner that has resulted in any creditor not having been paid its full or *pro rata* share, then the buyer must personally pay creditors their full, or ratable, share of the proceeds, up to the value of the stock in bulk.

Here, the obligation to account was discharged when the buyer showed that the seller had disbursed the money among its creditors ratably. Any amount already paid to the seller's creditors should, in effect, be deducted from the buyer's liability. Since the seller had paid the entire value of the assets to its creditors ratably, the buyer was no longer accountable to the creditors.

In Borins J.A.'s opinion, it would be inequitable to make H & R Block pay the debt to National Trust under the circumstances. Had H & R Block complied with the Act, National Trust would not have been paid because Tax Time did not have sufficient assets at that point to pay it after the claims of the more highly-ranked secured creditors were satisfied. Section 16(2) would therefore operate to put National Trust in a better position than it would have been in had the sale not occurred or the requirements of the Act been met; National Trust would be the lucky recipient of a windfall. It would also penalize H & R Block unfairly. Since the sale was

d'actif et d'autre part à assurer une répartition équitable et proportionnelle des éléments qui restent entre les créanciers du vendeur. En l'espèce, bien que la vente ne soit pas conforme à la Loi, la façon dont elle a été effectuée a permis de réaliser les objectifs de la Loi. Le produit de la vente a été distribué exactement comme il l'aurait été par un fiduciaire nommé par un juge, si la vente avait été conforme à la Loi, c'est-à-dire par distribution aux créanciers garantis suivant leur rang dans l'ordre de collocation.

Le juge Borins a tiré les conclusions suivantes, au par. 50 :

[TRADUCTION] Conformément à la nature bien établie d'une action en reddition de compte fondée sur l'equity, l'acheteur est tenu de rendre compte de l'ensemble des sommes qu'il a versées pour acquérir le stock en bloc ainsi que de leur répartition par le vendeur. Si, à la suite de la répartition du produit de la vente par le vendeur, un créancier n'est pas payé intégralement ou n'a pas reçu la part qui lui revient au prorata de sa créance, l'acheteur est alors tenu personnellement de la lui verser, et ce jusqu'à concurrence de la valeur du stock en bloc.

Dans la présente affaire, l'acheteur s'est acquitté de son obligation de rendre compte lorsqu'il a démontré que le vendeur avait réparti le produit de la vente entre ses créanciers au prorata de leurs créances. L'obligation de l'acheteur devrait en fait être réduite de toutes les sommes déjà versées aux créanciers du vendeur. Comme ce dernier avait versé la valeur totale des éléments d'actif à ses créanciers au prorata de leurs créances, l'acheteur n'avait plus envers eux aucune obligation de rendre compte.

Selon le juge Borins, il serait inéquitable dans les circonstances d'obliger H & R Block à payer à Trust National le montant de sa créance. Si H & R Block s'était conformée à la Loi, Trust National n'aurait pas été payée, Tax Time n'ayant alors plus assez d'éléments d'actif une fois les créanciers garantis de rang supérieur désintéressés. Cette application du par. 16(2) aurait pour effet de placer Trust National dans une meilleure situation que si la vente n'avait pas eu lieu ou si les exigences de la Loi avaient été respectées; Trust National serait l'heureuse bénéficiaire d'une rentrée inattendue. Qui plus est, H & R Block se trouverait à être injustement pénalisée.

not a ruse to dispose of Tax Time's assets improperly or cheat its creditors, but was in fact intended to raise funds and improve Tax Time's ability to pay its debts, there was no reason to punish H & R Block for taking part in the transaction.

Comme la vente n'était pas un stratagème en vue d'aliéner illicitement les éléments d'actif de Tax Time ou de frustrer ses créanciers, mais visait plutôt à réunir des fonds et à améliorer la capacité de Tax Time d'acquitter ses dettes, il n'y avait aucune raison de punir H & R Block pour avoir participé à l'opération.

20 Borins J.A. also held that the remedy provided for under s. 16(2) should follow the same distributional principles as a distribution of proceeds of sale under s. 12(1) — that is, creditors should be paid in order of priority. An action brought by a creditor under s. 16(2) is a representative action for the benefit of all of the seller's creditors. Therefore, the particular creditor bringing the action should not be allowed to leapfrog over creditors that rank ahead of it.

En outre, le juge Borins a estimé que le recours prévu au par. 16(2) doit suivre les mêmes principes de répartition que ceux applicables en vertu du par. 12(1) — c'est-à-dire que les créanciers doivent être payés suivant leur rang dans l'ordre de collocation. L'action engagée par un créancier en vertu du par. 16(2) est un recours collectif intenté pour le bénéfice de l'ensemble des créanciers du vendeur. Par conséquent, le créancier poursuivant ne devrait pas devancer les créanciers prenant rang avant lui.

21 In essence, Borins J.A. was of the view that the nature of an equitable accounting was such that a creditor was due only what he might have recovered if the buyer had complied with the Act; anything more would be unjust enrichment. Furthermore, the buyer's liability should be reduced by any amount paid, by the buyer or by the seller, to creditors in priority ranking. Borins J.A. held that National Trust was therefore not entitled to damages under an equitable accounting.

Essentiellement, le juge Borins a considéré que, vu la nature de l'action en reddition de compte fondée sur l'equity, un créancier n'a droit de recouvrer que ce qu'il aurait pu obtenir si l'acheteur s'était conformé à la Loi; toute somme excédentaire constituerait de l'enrichissement sans cause. En outre, l'obligation de l'acheteur doit être réduite des sommes que ce dernier ou le vendeur ont versées aux créanciers de rang supérieur. Le juge Borins a conclu que Trust National n'avait pas droit à des dommages-intérêts dans le cadre d'une reddition de compte en equity.

#### IV. Analysis

#### IV. Analyse

##### A. *The Purpose of the Act*

##### A. *L'objet de la Loi*

22 The primary purpose of the *Bulk Sales Act* is to protect the interests of all creditors, secured and unsecured alike, whose debtors have disposed of all or substantially all of their assets. As a secondary purpose, the Act ensures the fair distribution of the proceeds of a sale in bulk; specifically, that the creditors of a seller receive their ratable share of the proceeds of a sale in bulk, based on their priority ranking, and are therefore not prejudiced by the sale. See *McLennan v. Fulton*, *supra*, at p. 577; *Re St. Thomas Cabinets*, *supra*, at p. 491; *Garson v. Canadian Credit Men's Trust*

*La Loi sur la vente en bloc* a pour objet premier de protéger les droits de tous les créanciers — garantis ou non — dont les débiteurs ont aliéné la totalité ou presque de leurs éléments d'actif. Le second objectif de la Loi vise à assurer la répartition équitable du produit de la vente en bloc, c'est-à-dire faire en sorte que les créanciers du vendeur reçoivent la part du produit qui leur revient au prorata de leurs créances, suivant leur rang dans l'ordre de collocation, et qu'ils ne soient donc pas lésés par la vente. Voir *McLennan c. Fulton*, précité, p. 577; *Re St. Thomas Cabinets*, précité, p. 491; *Garson c. Canadian*

*Association, supra*, at pp. 285-86; reasons of Borins J.A., at para. 48.

In furtherance of these objectives, the Act establishes a regime in which buyers and sellers of bulk sales are held to certain measures when carrying out a bulk sale. These measures are designed to deter fraud and to ensure that the interests of creditors are protected, and to this end, the remedies available under the Act provide an incentive for buyers and sellers to comply with the Act. As stated earlier, I am of the view that the *Bulk Sales Act* is not intended to be punitive in nature.

#### B. *The Section 16(2) Remedy Provision*

##### (1) Generally

When determining the remedy under s. 16(2) of the Act, we must place ourselves at the point in time when the sale transaction, which was subsequently declared void, actually took place and not the later point in time when the sale transaction was declared void. It was the sale itself that failed to comply with the Act and failed to protect the interests of the seller's creditors. We are, therefore, concerned with the creditors who were left unprotected at that time, their respective debts at that time, and not those remaining five years after the sale, when the sale was declared void.

It is also important to clarify that, when dealing with the s. 16(2) remedy provision, it is the value of the proceeds, and not the amount of the proceeds, that is in issue. The two figures may sometimes be the same. In this case, the value of the proceeds was determined to be \$800,000 and that was precisely the amount that H & R Block paid Tax Time for the assets, the customer list and the "goodwill" of the company. However, the value of the proceeds and the amount thereof may often be quite different.

The process to be followed by the application judge in applying the s. 16(2) remedy provision is similar to the process used in determining whether an exemption should be granted under s. 3 of the Act. In other words, the application judge will turn his or

*Credit Men's Trust Association*, précité, p. 285-286; motifs du juge Borins de la Cour d'appel, par. 48.

Pour favoriser la réalisation de ces objectifs, la Loi établit un régime assujettissant l'acheteur et le vendeur au respect de certaines mesures lorsqu'ils procèdent à une vente en bloc. Ces mesures visent à décourager la fraude et à protéger les droits des créanciers et, à cette fin, les recours prévus par la Loi incitent l'acheteur et le vendeur à se conformer à celle-ci. Comme je l'ai souligné précédemment, je suis d'avis que la Loi n'a pas un caractère punitif.

#### B. *La disposition réparatrice prévue au par. 16(2)*

##### (1) Généralités

Pour statuer sur la réparation demandée en vertu du par. 16(2) de la Loi, il faut considérer la situation au moment où la vente a été réalisée, et non pas au moment, ultérieur, où elle a été déclarée nulle. C'est la vente elle-même qui n'a pas respecté les exigences de la Loi et n'a pas, de ce fait, protégé les droits des créanciers du vendeur. Il faut donc examiner la situation des créanciers laissés sans protection telle qu'elle était à ce moment-là, ainsi que leurs créances respectives à cette date, et non pas le montant de ces créances cinq ans après la vente, c'est-à-dire lorsqu'elle a été déclarée nulle.

Il importe également de préciser que, pour l'application de la disposition réparatrice prévue au par. 16(2), il faut tenir compte de la valeur du produit de la vente plutôt que du montant de celui-ci. Les deux sommes peuvent parfois être identiques. En l'espèce, la valeur du produit de la vente a été établie à 800 000 \$, soit précisément la somme versée par H & R Block à Tax Time pour les éléments d'actif, la liste des clients et l'« achalandage » de l'entreprise. Cependant, il arrive souvent que la valeur du produit de la vente diffère considérablement du montant de celui-ci.

La procédure que doit suivre le juge saisi de la demande lorsqu'il applique la disposition réparatrice du par. 16(2) est similaire à celle suivie pour décider de l'opportunité d'accorder l'exemption prévue à l'art. 3 de la Loi. Autrement dit, le juge

23

24

25

26

her mind to similar considerations when deciding on a course of action under either s. 3 or s. 16(2) of the Act. Specifically, the application judge should consider, *inter alia*, how the creditors, both secured and unsecured, would be affected by the sale; whether the sale would be detrimental or beneficial to the creditors; and whether it would have the same impact on each of the creditors, or whether certain creditors would be differentially affected. Would the sale be advantageous to the seller? Would the sale impair the seller's ability to pay the creditors in full? Generally speaking, after considering such factors, if it is reasonable to believe that an application judge would have granted an exemption (i.e., the value of the sale is not detrimental to the creditors), then it is also likely that the buyer will be able to account to unpaid creditors under s. 16(2), providing the proceeds of the sale are paid to the creditors ratably. I, however, do not rely on this proposition as it was not pursued in oral argument before the Court.

## (2) Duty to Account

27

When interpreting a particular provision of an Act, it is important to bear in mind the general purpose of the Act as well as its objectives. Other provisions in the Act will sometimes influence the meaning given to a particular provision. It was suggested here that s. 16(2), and in particular the duty to account, should be interpreted in light of s. 12 of the *Bulk Sales Act*, which states, in part, that the trustee is a trustee for the general benefit of the creditors of the seller and shall distribute the proceeds of the sale among such creditors in like priorities as is required under the *Bankruptcy Act*. It is my opinion that this is not the case; ss. 12 and 16(2) are distinct. The s. 16(2) remedy provision is a discrete provision and is not dependent on any other particular provision in the Act for interpretation. Instead, the meaning of the phrase "liable to account to" is to be considered in light of the purpose of the Act and of the provision itself in the legislative context.

28

Is an accounting within the meaning of s. 16(2) an equitable remedy under which the buyer should

saisi d'une demande fondée sur l'art. 3 ou le par. 16(2) de la Loi examine des considérations similaires. Plus particulièrement, il doit notamment s'interroger sur les effets de la vente pour les créanciers, garantis ou non, et se demander si la vente est avantageuse ou désavantageuse pour les créanciers, si elle a la même incidence pour chaque créancier ou si certains d'entre eux sont touchés différemment. La vente est-elle avantageuse pour le vendeur? Diminue-t-elle la capacité de celui-ci de payer intégralement ses créanciers? En règle générale, s'il est raisonnable de penser, après examen de ces facteurs, que le juge saisi de la demande aurait accordé l'exemption (c'est-à-dire que la vente n'est pas défavorable aux créanciers), il est également probable que l'acheteur sera en mesure de rendre compte aux créanciers impayés de la valeur du produit de la vente conformément au par. 16(2), dans la mesure où la répartition se fait au prorata. Cependant, je ne peux m'appuyer sur cette proposition, puisqu'elle n'a pas été débattue devant la Cour.

## (2) L'obligation de rendre compte

Dans l'interprétation d'une disposition législative donnée, il importe de garder à l'esprit l'objet général de la loi concernée de même que ses objectifs particuliers. D'autres dispositions de la loi influencent parfois le sens donné à une disposition particulière. En l'espèce, on a avancé que le par. 16(2), et plus précisément l'obligation de rendre compte, doivent être interprétés à la lumière de l'art. 12 de la *Loi sur la vente en bloc*, lequel dispose notamment que le fiduciaire agit au profit de tous les créanciers du vendeur et qu'il répartit le produit de la vente entre ceux-ci suivant l'ordre de collocation prescrit par la *Loi sur la faillite*. À mon avis, ce n'est pas le cas; l'art. 12 et le par. 16(2) sont des dispositions distinctes. La disposition réparatrice prévue au par. 16(2) est une disposition isolée dont l'interprétation ne dépend d'aucune autre disposition de la Loi. Le sens de l'expression « tenu de rendre compte » doit plutôt être interprété à la lumière de l'objet de la Loi et de la disposition elle-même, eu égard au contexte législatif.

Est-ce que la reddition de compte prévue au par. 16(2) constitue une réparation en equity autorisant



be credited with any payments properly made to priority-ranking creditors through direct payments by the buyer or seller? Or is it an instrument of strict liability, under which the buyer is strictly liable to pay twice if he or she failed to comply with the requirements of the Act? In other words, does the Act direct us to look to the substance, or merely the form, of the payment? H & R Block argued for and Borins J.A., in his dissenting reasons, adopted the former reading. I also adopt this reading.

We must interpret the buyer's duty to account under s. 16(2) in light of the rules of statutory interpretation and, in particular, of commercial realities. Accordingly, two factors have heightened importance: (i) predictability, since bright-line rules facilitate transactions and economic efficiency; and (ii) a sensible economic result, also to further economic efficiency. The actual text and case law drive the first of the factors; a purposive approach and policy considerations drive the second.

(a) *Purposive Approach*

In light of the objectives of the *Bulk Sales Act*, a purposive approach to the interpretation of the buyer's duty to account under s. 16(2), after having failed to comply with the Act, requires that the buyer pay to the seller's creditors the amount that such creditors were deprived of as a result of the non-compliant sale. In other words, when a buyer fails to conform with the Act, he or she will be liable to the creditors for any shortfall they incurred.

Under the purposive approach, creditors are put back in the position they would have been in had the buyer complied with the Act — no unjust enrichment of creditors takes place. Furthermore, buyers of bulk goods have some incentive to ensure that the appropriate creditors are paid, since the buyer will be liable for any difference. This limited duty of double payment is sufficient, in my opinion, to serve as an incentive to buyers of sales in bulk to protect

que soit porté au crédit de l'acheteur tout paiement fait directement par celui-ci ou par le vendeur aux créanciers selon, comme il se doit, l'ordre de collocation? S'agit-il plutôt d'une disposition assujettissant l'acheteur à l'obligation stricte de payer deux fois la valeur du stock s'il ne s'est pas conformé aux exigences de la Loi? Autrement dit, la Loi nous enjoint-elle d'examiner l'essence du paiement ou seulement sa forme? H & R Block a plaidé la première interprétation, à laquelle a souscrit le juge Borins dans ses motifs dissidents. J'abonde dans le même sens.

L'obligation de rendre compte à laquelle l'acheteur est assujéti par le par. 16(2) doit être interprétée au regard des règles d'interprétation des lois et, en particulier, des réalités du commerce. Par conséquent, deux facteurs revêtent une importance cruciale : (i) la prévisibilité, étant donné que l'existence de règles claires et précises facilitent les échanges et l'efficience économique; (ii) un résultat économique sensé, qui favorise lui aussi l'efficience économique. Le texte de la disposition et la jurisprudence étayent le premier facteur, alors que l'interprétation téléologique et des considérations de politique générale appuient le second.

a) *L'interprétation téléologique*

À la lumière des objectifs de la Loi, il ressort d'une interprétation téléologique de l'obligation de rendre compte qu'impose le par. 16(2) à l'acheteur qui ne s'est pas conformé à la Loi que ce dernier doit verser aux créanciers du vendeur la somme dont ils ont été privés en raison de la non-conformité de la vente. Autrement dit, l'acheteur qui omet de se conformer à la Loi est tenu envers les créanciers de toute perte qu'ils ont subie.

Par l'application de l'interprétation téléologique, les créanciers sont rétablis dans la situation qui aurait été la leur si l'acheteur s'était conformé à la Loi — il n'y a pas d'enrichissement sans cause. En outre, les acheteurs de biens en bloc ont intérêt à veiller au paiement des créanciers qui ont droit à quelque chose, car tout solde impayé est à leur charge. À mon avis, cette obligation limitée de double paiement suffit pour inciter l'acheteur, dans

29

30

31

the interests of the seller's creditors, in accordance with the Act.

(b) *Text*

32 The remedial provision under s. 16(2) of the *Bulk Sales Act* reads:

16. . . .

(2) If a sale in bulk has been set aside or declared void and the buyer has received or taken possession of the stock in bulk, the buyer is personally liable to account to the creditors of the seller for the value thereof. . . .

33 The phrase "personally liable . . . for the value thereof" suggests that the buyer is liable for the full value of the stock in bulk that was purchased. Such a reading can explain the majority of the Court of Appeal's strict liability interpretation. However, the language of this provision, especially the phrase "personally liable to account", is more consistent with the interpretation that the buyer must account for what is owed, taking into consideration what was properly paid out to creditors from the sale in bulk. This is the preferred interpretation.

34 Historically, an "account" was "a form of action at common law against a person who by reason of some fiduciary relation (as guardian, bailiff, receiver, etc.) was bound to render an account to another, but refused to do so"; *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 19. It is, therefore, technically an instrument of law, though it arose at a time before the distinction between law and equity was marked. Its beginnings lay in the obligation of manorial bailiffs to tally up rents and expenses, and submit the difference, to their feudal landlords. Fundamental to the "account" was that: (i) there were credits and debits to be applied, and a net result arrived at; (ii) it was enforceable at both law and equity, though it was technically a legal obligation; and (iii) it specifically envisaged the use of fungible money — so there was no need to return the specific property entrusted. See C. C. Langdell, "A Brief Survey of Equity Jurisdiction" (1889), 2 *Harv. L. Rev.* 241, at

le cadre d'une vente de stock en bloc, à protéger les droits des créanciers du vendeur conformément à la Loi.

b) *Le texte de loi*

La disposition réparatrice prévue au par. 16(2) de la Loi est rédigée ainsi :

16. . . .

(2) Lorsque la vente en bloc est annulée ou déclarée nulle et que l'acheteur a reçu le stock en bloc ou en a pris possession, il est personnellement tenu de rendre compte aux créanciers du vendeur de la valeur de ce stock . . .

Les mots « personnellement tenu [...] de la valeur de ce stock » semblent indiquer que l'acheteur est tenu de rendre compte de la pleine valeur du stock en bloc qui a été acheté. Une telle interprétation peut expliquer pourquoi les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à l'existence d'une obligation stricte. Cependant, le texte de cette disposition, particulièrement l'expression « personnellement tenu de rendre compte », cadre davantage avec l'interprétation selon laquelle l'acheteur doit rendre compte des sommes encore dues aux créanciers, en sus de celles qui leur ont déjà été régulièrement versées sur le produit de la vente en bloc. Voilà l'interprétation qu'il convient de retenir.

Traditionnellement, la « reddition de compte » est définie ainsi : [TRADUCTION] « type d'action en common law intentée contre une personne qui, en raison de l'existence de certains rapports fiduciaires (tuteur, huissier, séquestre, etc.), était tenue de rendre compte à une autre personne mais refusait de le faire » : *Black's Law Dictionary* (6<sup>e</sup> éd. 1990), p. 19. La reddition de compte constitue donc techniquement un instrument juridique, quoiqu'elle ait fait son apparition avant que la distinction entre la common law et l'equity n'ait été clairement établie. La reddition de compte tire ses origines de l'obligation qu'avaient les huissiers des terres seigneuriales de calculer les loyers et les dépenses et de remettre la différence aux propriétaires féodaux. La « reddition de compte » comportait les éléments essentiels suivants : (i) divers éléments devaient être crédités ou débités en vue d'arriver à une somme nette; (ii) l'exécution de la reddition de compte pouvait être

pp. 246, 252 and 258; see generally: E. O. Belsheim, "The Old Action of Account" (1931-1932), 45 *Harv. L. Rev.* 466.

In my opinion, a modern accounting should take into account proper payments to priority-ranking creditors made as a direct result of payment to the seller of the bulk goods and should not result in an unjust enrichment to creditors who would not otherwise have recovered money from a compliant sale. Accounting for the use of proceeds does not equate to repayment of these proceeds by the buyer in every case.

(c) *Relevant Case Law*

The jurisprudence in this area is not vast. There are two cases, however, that warrant discussion. In *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. v. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563, the Ontario Court of Appeal voided a bulk sale. Rosenberg J.A., writing for the Court of Appeal, noted that s. 8 creates two ways in which the buyer may complete a bulk sale. He further noted that the buyer in that case did not resort to either method. In turning to s. 16(2) and, specifically, the question of whether it grants to a court the discretion to refuse to set aside a sale where there has been non-compliance with the Act, Rosenberg J.A. stated, at p. 573, that "[t]here does not appear to be any [such] authority" and that the "legislation does not expressly give the court such a discretion". He went on to say, at the same page, that the *Bulk Sales Act*

places the responsibility on the purchaser to engage the mechanisms of the Act to ensure payment of the vendor's creditors. Should the purchaser fail to do so . . . the

demandée en common law ou en equity, même s'il s'agissait techniquement d'une obligation issue de la common law; (iii) comme l'utilisation d'argent liquide était expressément envisagée, il n'était en conséquence pas nécessaire de remettre le bien précis qui avait été confié. Voir C. C. Langdell, « A Brief Survey of Equity Jurisdiction » (1889), 2 *Harv. L. Rev.* 241, p. 246, 252 et 258; voir généralement : E. O. Belsheim, « The Old Action of Account » (1931-1932), 45 *Harv. L. Rev.* 466.

De nos jours, à mon avis, les sommes qui ont été régulièrement versées aux créanciers de rang supérieur directement par le vendeur des biens en bloc doivent être prises en considération dans la reddition de compte, laquelle ne doit pas donner lieu à l'enrichissement sans cause de créanciers qui n'auraient par ailleurs rien recouvré si la vente avait été effectuée conformément à la Loi. Rendre compte de l'utilisation du produit de la vente ne consiste pas, dans tous les cas, à faire payer à nouveau par l'acheteur le produit de la vente.

c) *La jurisprudence pertinente*

La jurisprudence en la matière n'est pas très abondante. Deux décisions méritent cependant qu'on s'y attarde. Dans l'arrêt *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. c. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563, la Cour d'appel de l'Ontario a prononcé la nullité d'une vente en bloc. S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge Rosenberg a souligné que l'art. 8 offrait à l'acheteur deux façons de réaliser la vente en bloc. Il a en outre précisé que, dans l'affaire dont il était saisi, l'acheteur ne s'était prévalu d'aucune des deux méthodes. Examinant ensuite le par. 16(2) et plus particulièrement la question de savoir si cette disposition confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser d'annuler une vente non conforme à la Loi, le juge Rosenberg a dit, à la p. 573, qu' "[i]l ne semble pas exister de décision [à cet effet] » et que la « loi n'attribue pas expressément un tel pouvoir discrétionnaire au tribunal ». À la même page, il ajoute ceci :

[TRADUCTION] [La Loi sur la vente en bloc] confie à l'acheteur la responsabilité de mettre en branle les mécanismes établis par la Loi pour garantir le paiement des

35

36

penalty that the purchaser must pay if the sale proceeds are not used to pay the creditors, is to pay the creditors what the vendor should have paid them. . . .

. . . Accordingly, except where there has only been some technical non-compliance, the court does not have a discretion to refuse to declare a sale void. [Emphasis added.]

37

Rosenberg J.A. leaves no discretion on the part of the application judge to take into account, for example, proper payments to priority-ranking creditors made as a direct result of payment to the seller of the bulk goods, or to determine whether the circumstances of a particular case are such that double payment by the buyer would lead to an unfair result. Instead, the court suggests that once the buyer has failed to comply with the provisions of the Act, the necessary result is that such buyer be penalized by paying to the creditors what the vendor was required to pay to them. With respect, to the extent that this decision stands for such proposition, it must be rejected. As explained above, such reasoning does not facilitate economically-efficient transactions, nor does it reflect a purposive interpretation of the s. 16(2) remedy provision. Had Spence J. not been required to follow *Sidaplex*, *supra*, he should, on the interpretation given here, have simply refused to set aside the bulk sale.

38

In *Motorsource Inc. v. A.O. Smith Corp.* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.), *Motorsource*, in a fraudulent scheme, sold all of its inventory of electric motors at fair market value (or better) to Southern Rewind. The proceeds of the sale were then distributed, first to pay off its secured creditor, Royal Bank. The rest of the proceeds flowed back to Southern Rewind (which was owned by the same person) against its alleged debt. Acknowledging the direct ruling from the trial judge on the fraudulent intention on the part of *Motorsource* to give security to Southern Rewind in furtherance of an intention to hinder other creditors, the Court of Appeal turned its attention to whether or not it should void the sale. After again noting that the sale was for fair market value, or higher, Kerans J.A., writing for the

créanciers du vendeur. S'il omet de le faire [. . .] et que le produit de la vente ne sert pas à payer les créanciers, il doit, à titre de pénalité, verser aux créanciers ce que le vendeur aurait dû leur payer. . .

. . . Par conséquent, le tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de prononcer la nullité d'une vente, sauf dans les cas où il y a seulement non-conformité sur un point de détail. [Je souligne.]

Le juge Rosenberg ne reconnaît au juge saisi de la demande aucun pouvoir discrétionnaire l'habilitant à prendre en considération, par exemple, les sommes qui ont été régulièrement versées aux créanciers de rang supérieur directement par le vendeur des biens en bloc, ou de décider s'il est en présence de circonstances telles qu'il serait inéquitable d'imposer à l'acheteur de payer deux fois la somme requise. La Cour d'appel semble plutôt indiquer que l'acheteur qui ne s'est pas conformé aux dispositions de la Loi doit nécessairement être pénalisé et contraint à payer aux créanciers ce qui leur était dû par le vendeur. En toute déférence, dans la mesure où cet arrêt affirme ce principe, il doit être rejeté. Comme je l'ai expliqué précédemment, un tel raisonnement ne facilite en rien l'efficacité économique des échanges commerciaux, pas plus qu'il ne reflète une interprétation téléologique de la disposition réparatrice prévue par le par. 16(2). Si le juge Spence de la Cour de justice n'avait pas été tenu de suivre l'arrêt *Sidaplex*, précité, il aurait dû simplement, vu l'interprétation donnée dans le présent pourvoi, refuser d'annuler la vente en bloc.

Dans l'arrêt *Motorsource Inc. c. A.O. Smith Corp.* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.), *Motorsource* avait, dans le cadre d'un stratagème frauduleux, vendu l'ensemble de son inventaire de moteurs électriques à Southern Rewind, et ce à un prix égal ou supérieur à la juste valeur marchande des biens. Le produit de la vente a tout d'abord servi à payer le créancier garanti de *Motorsource*, en l'occurrence la Banque Royale. Le solde du produit de la vente a été remis à Southern Rewind (qui appartenait à la même personne) et a servi à acquitter sa prétendue dette. Souscrivant à la conclusion directe du juge de première instance relativement à l'intention frauduleuse de *Motorsource* d'accorder une garantie à Southern Rewind en vue de frustrer les autres créanciers, la Cour d'appel s'est ensuite demandé

court, held that there was no need to void the sale. The court did not rigidly apply the statutory remedy available in the Alberta *Bulk Sales Act* but instead used its discretion to deal with the non-compliant sale “on just terms” (para. 6). In realizing that the only result of voiding the sale would be to require that the motors be taken from Southern Rewind and sold on the market, the court stated, at para. 6, that “[t]hat does not seem to be in the best interests of anybody. So we will not do that. We will let that sale go as being the best possible sale.” The conveyance of money to Southern Rewind was, however, voided in order to distribute *pro rata* to creditors.

The significance of this case lies in the Alberta Court of Appeal’s use of discretion not to void the sale, and to adopt the actions that would put creditors in the place they would have been in had the Act been complied with. Southern Rewind was effectively given “credit” for the payment to Royal Bank.

In the facts of the case before us, one of the conditions of the sale from Tax Time to H & R Block was that the proceeds of the sale be used to pay Tax Time’s creditors in order of priority in order to secure a free title. Holding H & R Block strictly liable to pay National Trust the value of the proceeds of the bulk sale, under these circumstances, would lead to a very unfair result and in the words of Kerans J.A., “does not seem to be in the best interests of anybody” (*Motorsource, supra*, at para. 6). The inclusion of this condition of sale is consistent with the general purpose of the Act, which is to protect the interests of all creditors whose debtors have disposed of all or substantially all of their assets, and to ensure the fair distribution of the proceeds of a sale in bulk. While the inclusion of this condition of

si elle devait annuler la vente. Soulignant une fois de plus que les biens avaient été vendus à un prix égal ou supérieur à leur juste valeur marchande, le juge Kerans a conclu, au nom de la cour, qu’il n’y avait pas lieu d’annuler la vente. N’appliquant pas de manière rigide la réparation prévue par la loi sur la vente en bloc de l’Alberta, la Cour d’appel de cette province a plutôt exercé son pouvoir discrétionnaire et considéré que la vente non conforme avait été effectuée à des [TRADUCTION] « conditions justes » (par. 6). Constatant que l’annulation de la vente aurait pour seul effet de déposséder Southern Rewind des moteurs, qui devraient être revendus sur le marché, la Cour d’appel a déclaré, au par. 6, que [TRADUCTION] « [c]ette solution ne semble être dans l’intérêt de personne. Ce n’est donc pas ce que nous allons faire. Nous confirmons la vente, considérant qu’elle est la meilleure qui peut être réalisée. » La Cour d’appel a cependant annulé le transfert d’argent à Southern Rewind et réparti la somme concernée entre les créanciers au prorata de leurs créances.

L’importance de cette décision tient au pouvoir discrétionnaire qu’a exercé la Cour d’appel de l’Alberta en décidant de ne pas annuler la vente et en prenant plutôt des mesures plaçant les créanciers dans la situation qui aurait été la leur si les exigences de la Loi avaient été respectées. Southern Rewind s’est effectivement fait « créditer » la somme versée à la Banque Royale.

Il ressort des faits de l’affaire dont nous sommes saisis qu’une des conditions de la vente survenue entre Tax Time et H & R Block était que le produit de la vente serve à payer les créanciers de Tax Time suivant leur rang dans l’ordre de collocation, afin que le titre de propriété transféré soit libre de toute charge. Dans ces circonstances, il serait considérablement injuste que H & R Block soit tenue strictement responsable du paiement à Trust National du produit de la vente en bloc et, pour reprendre les paroles du juge Kerans, cette solution [TRADUCTION] « ne semble être dans l’intérêt de personne » (*Motorsource*, précité, par. 6). L’insertion de cette condition de vente est conforme à l’objectif général de la Loi, qui consiste à protéger les droits de tous les créanciers dont le débiteur a

sale is quite compelling in the present case, it should not be seen as a requirement in the decision-making process of determining whether or not to relieve the non-compliant buyer of a strict liability to account to the seller's creditors. Instead, it constitutes a factor to consider in the general context of the sale.

41

The respondent argued that if one factored in the goodwill of the company at the time of the bulk sale, all creditors could have been paid. This suggests that a bankruptcy would have permitted National Trust to realize the \$800,000 sale, and to obtain \$600,000 more for other assets, that the non-competition clause was irrelevant and that all transactions could have been completed rapidly. I agree with the appellant that this is speculation and that resort to such a scenario has nothing to do with the proper interpretation of s. 16(2). This section does not contemplate comparison with a potential bankruptcy. In this case, the \$800,000 was advantageous because it reflected the best possible price and eased the situation of the company in carrying on business in the future. The issue is whether National Trust was deprived of any money it would have received on a ratable distribution of the proceeds of the bulk sale. That, I think, is in the true nature of an equitable accounting.

(d) *Policy Considerations*

42

In the context of transactional business law, there are strong policy reasons for facilitating efficient transactions while protecting creditors. As I have already noted, bulk sales legislation was recently repealed in the western provinces and in two of the three territories, following reports of their respective law reform commissions that the goal of protecting creditors, to the extent that it is achieved by bulk sales legislation, is realized only at the cost of significant commercial inconvenience, disruption and

aliéné la totalité, ou presque, de ses éléments d'actif et à répartir équitablement le produit de la vente en bloc. Bien que la présence de cette condition soit un élément très important en l'espèce, elle ne doit pas être considérée comme une exigence essentielle dans le processus visant à décider s'il faut ou non obliger strictement l'acheteur qui ne s'est pas conformé à la loi à rendre compte aux créanciers du vendeur. Il s'agit plutôt d'un facteur à prendre en compte dans le contexte général de la vente.

L'intimée a plaidé que, si l'on tient compte de l'achalandage de l'entreprise au moment de la vente en bloc, tous les créanciers auraient pu être payés. Cet argument suppose qu'une faillite aurait permis à Trust National de conclure la vente au prix de 800 000 \$ et d'obtenir 600 000 \$ de plus pour d'autres biens, que l'insertion de la clause de non-concurrence n'était pas importante et que toutes les opérations auraient pu être réalisées rapidement. À l'instar de l'appelante, j'estime que ce sont là de pures hypothèses et que le recours à pareil scénario n'est d'aucune utilité pour dégager l'interprétation qu'il convient de donner au par. 16(2). L'application de cette disposition n'appelle aucune comparaison avec la situation qu'entraînerait une éventuelle faillite. Dans la présente espèce, la somme de 800 000 \$ était avantageuse, puisqu'elle correspondait au meilleur prix possible et qu'elle aidait au maintien des activités de l'entreprise. Il faut se demander si Trust National a été privée de sommes auxquelles elle aurait eu droit si le produit de la vente en bloc avait été réparti au prorata des créanciers. Il s'agit là, à mon avis, de l'essence même d'une reddition de compte en equity.

d) *Considérations de politique générale*

Dans le contexte du droit commercial, de solides considérations de politique générale justifient de faciliter l'efficacité économique des échanges tout en protégeant les créanciers. Comme je l'ai souligné plus tôt, les provinces de l'Ouest et deux des territoires ont récemment abrogé leur loi régissant les ventes en bloc à la suite de rapports de leur commission de réforme du droit respective indiquant que, dans la mesure où ces lois permettaient la réalisation de l'objectif de protection des créanciers,

expense. There has been no decision to repeal the Act in Ontario. The Act must therefore accommodate modern commercial realities as best it can.

As a matter of policy, a strong argument for a “strict liability” reading of the duty to account is one focused on certainty. A strict accounting is a bright-line rule: if you do not comply, then you pay twice. Indeed, and as noted below, the wording of s. 16(2) could be seen to support such a view. It is my opinion, however, that a purposive approach to s. 16(2) precludes such an interpretation. With great respect for my colleague’s dissenting reasons, it seems unreasonable that an unsecured creditor who would not have recovered any payment even if the buyer had complied with the Act, should now be in a position to benefit from the buyer’s non-compliance with the Act.

The Act reflects a desire to deter fraud and to ensure that creditors are properly paid. Accordingly, a non-compliant buyer may be ordered to account in cases where there has been no proper payment to the seller’s creditors. However, there is no legislative intent to punish non-compliant buyers in cases where there has been proper payment to the seller’s creditors, whether that payment was made by the buyer or the seller. In such cases, the court should review all of the facts of the case and use its discretion in determining what, if anything, should be done to put the unpaid creditors in the position they would have been in had the Act been complied with or whether a strict liability to account, under s. 16(2), would lead to an unfair result.

### C. *Application to this Appeal*

Tax Time became a money-losing enterprise. To maximize value to its creditors, some of whom were sure to go unpaid, Tax Time decided it was best to wind up the business and sell the customer list. Tax

elles ne le faisaient qu’au prix d’inconvénients, de perturbations et de coûts considérables pour le commerce. La loi ontarienne correspondante n’a pas été abrogée. Il faut donc, dans son interprétation, tenir compte autant que possible des réalités commerciales modernes.

Du point de vue de la politique générale, la certitude des échanges économiques est un principe qui incite fortement à conclure que l’obligation de rendre compte est une « obligation stricte ». L’application stricte de cette obligation constitue une règle claire : si la loi n’est pas respectée, il faut payer deux fois. De fait, comme il a été indiqué précédemment, il est possible de considérer que le texte du par. 16(2) étaye ce point de vue. Je suis toutefois d’avis que l’interprétation téléologique du par. 16(2) exclut cette solution. Avec égard pour l’opinion exprimée par ma collègue dans ses motifs de dissidence, il semble déraisonnable qu’un créancier non garanti qui n’aurait rien recouvré — et ce même si l’acheteur s’était conformé à la Loi — profite aujourd’hui du non-respect de celle-ci par l’acheteur.

La Loi traduit la volonté du législateur de décourager la fraude et de faire en sorte que les créanciers soient payés régulièrement. En conséquence, l’acheteur qui ne s’est pas conformé à la Loi peut se voir ordonner de rendre compte si les créanciers du vendeur n’ont pas été payés comme ils devaient l’être. Toutefois, le législateur n’entendait pas punir les acheteurs en défaut lorsque les créanciers du vendeur ont été régulièrement payés, que ce soit par le vendeur ou par l’acheteur. En pareil cas, le tribunal doit examiner l’ensemble des faits et exercer son pouvoir discrétionnaire afin de décider s’il y a lieu de prendre quelque mesure que ce soit pour placer les créanciers impayés dans la situation qui aurait été la leur si la Loi avait été respectée, ou si l’application stricte de l’obligation de rendre compte prévue au par. 16(2) entraînerait une injustice.

### C. *Application au présent pourvoi*

Tax Time est devenue une entreprise déficitaire. Pour maximiser sa valeur pour ses créanciers, dont certains seraient assurément impayés, Tax Time a décidé qu’il valait mieux mettre fin à ses activités

43

44

45

Time received fair market value for its customer list.

46

H & R Block, as buyer, did not comply with the provisions of the Act and, as such, the sale in bulk from Tax Time was declared void under s. 16(1). Under s. 16(2), H & R Block became personally liable to account to the creditors of the seller for the value of the stock in bulk. In light of the purpose of the Act, and in accordance with a purposive reading of s. 16(2), H & R Block's duty to account requires that the buyer pay to the seller's creditors the amount that such creditors were deprived of as a result of the non-compliant sale. Payments to creditors made directly from the proceeds of the bulk sale may be credited to the buyer, regardless of whether H & R Block or Tax Time made the payment. Tax Time's payments to its two highest-ranking creditors did not place National Trust at a disadvantage. To require H & R Block to now pay to National Trust the value of the proceeds of the sale would be to place National Trust in a better position than it would have been in had the requirements of the Act been met; National Trust would be the lucky recipient of a windfall and H & R Block would be unduly punished. This would be a very unfair result; National Trust is, therefore, not entitled to damages under the s. 16(2) duty to account.

#### V. Conclusion

47

We must interpret the buyer's duty to account under s. 16(2) in light of the rules of statutory interpretation and, in particular, of the true purpose of the Act and of commercial realities. In this context, the phrase "personally liable to account" is consistent with the interpretation that the buyer must account for what is owed, taking into account what was properly paid out to creditors from the proceeds of the sale in bulk. A purposive approach directs us to look to the substance, and not merely the form, of the payments made. The court retains the discretion to consider all of the facts of the case to deter-

et vendre sa liste de clients. Tax Time a vendu cette liste et obtenu un prix égal à sa juste valeur marchande.

En tant qu'acheteur, H & R Block n'a pas respecté les dispositions de la Loi et, en conséquence, la vente en bloc de Tax Time a été déclarée nulle en vertu du par. 16(1). En application du par. 16(2), H & R Block a alors été personnellement tenue de rendre compte aux créanciers du vendeur de la valeur du stock en bloc. Si l'on tient compte de l'objet de la Loi et que l'on donne une interprétation téléologique du par. 16(2), l'obligation de rendre compte qui incombe à H & R Block requiert de l'acheteur qu'il verse aux créanciers du vendeur les sommes dont ils ont été privés en raison de la vente non conforme. Les sommes versées directement aux créanciers sur le produit de la vente en bloc peuvent être créditées à l'acheteur, que le paiement ait été effectué par H & R Block ou par Tax Time. Les paiements effectués par Tax Time à ses deux créanciers de rang supérieur n'ont pas désavantagé Trust National. Obliger maintenant H & R Block à payer à Trust National la valeur du produit de la vente aurait pour effet de placer Trust National dans une situation plus avantageuse que si les exigences de la Loi avaient été respectées; Trust National serait ainsi l'heureuse bénéficiaire d'une rentrée inattendue et H & R Block serait indûment pénalisée. Il s'agirait là d'un résultat très injuste; Trust National n'a donc pas droit à des dommages-intérêts sur le fondement de l'obligation de rendre compte prévue au par. 16(2).

#### V. Conclusion

L'obligation de rendre compte faite à l'acheteur par le par. 16(2) doit être interprétée à la lumière des règles d'interprétation législative et, en particulier, de l'objet véritable de la Loi et des réalités commerciales. Dans ce contexte, l'expression « personnellement tenu de rendre compte » est compatible avec l'interprétation selon laquelle l'acheteur doit rendre compte des sommes dues, tout en prenant en considération les paiements faits régulièrement aux créanciers sur le produit de la vente en bloc. L'interprétation téléologique commande d'examiner l'objet du paiement et non pas seulement sa



mine what, if anything, should be done to put the unpaid creditors in the position they would have been in had the Act been complied with or whether a strict liability to pay, under s. 16(2), would lead to an unfair result. The creditor should not be placed in a better position than it would have been in had the buyer complied with the Act; conversely, the non-compliant buyer should not be unduly punished. A modern accounting should take into account proper payments to priority-ranking creditors made as a direct result of payment to the seller of the bulk goods.

The appeal is allowed with costs throughout.

English version of the reasons of LeBel and Deschamps JJ. delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting) — Where the law is clear, not even the most dynamic interpretation can justify going beyond the rules set out regarding the consequences of its violation. The issue here is therefore not what would have happened if the law had been obeyed, but rather how to apply the requirements of s. 16(2) of the *Bulk Sales Act*, R.S.O. 1990, c. B.14 (the “Act”), so that it is consistent with the objectives and spirit of the Act.

#### I. Objectives of the *Bulk Sales Act*

After the federal *Insolvent Act of 1875*, S.C. 1875, c. 16, was repealed in 1880, the provinces of Canada were concerned that creditors be protected. A number of provinces, undoubtedly inspired by the experience in the United States (T. C. Billig, “Bulk Sales Laws: A Study in Economic Adjustment” (1928), 77 *U. Pa. L. Rev.* 72), enacted bulk sales legislation; Ontario, in 1917, was one of them.

The general objective was to improve the position of creditors when debtors sold their businesses, a situation that was easy for debtors to abuse. See

forme. Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de considérer l’ensemble des faits pour décider s’il y a lieu de prendre quelque mesure que ce soit pour placer les créanciers impayés dans la situation qui aurait été la leur si la Loi avait été respectée, ou si l’application stricte de l’obligation de payer prévue au par. 16(2) entraînerait une injustice. Le créancier ne devrait pas être placé dans une situation plus avantageuse que celle qui aurait été la sienne si l’acheteur s’était conformé à la Loi. En revanche, l’acheteur qui ne s’est pas conformé à la Loi ne devrait pas être indûment pénalisé. Dans l’application moderne de l’obligation de rendre compte, il faut prendre en considération les paiements qui ont été faits régulièrement aux créanciers de rang supérieur directement par le vendeur des biens en bloc.

Le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Les motifs des juges LeBel et Deschamps ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Lorsque la loi est claire, même l’interprétation la plus dynamique ne peut justifier de passer outre aux règles qui y sont énoncées pour sanctionner sa violation. Il ne s’agit donc pas de se demander ce qui serait survenu si la loi avait été respectée, mais bien d’appliquer la sanction prévue au par. 16(2) de *Loi sur la vente en bloc*, L.R.O. 1990, ch. B.14 (la « Loi »). D’ailleurs, cette sanction est conforme aux objectifs et à l’esprit de la Loi.

#### I. Objectifs de la *Loi sur la vente en bloc*

Après l’abrogation, en 1880, de la loi fédérale sur l’insolvabilité, l’*Acte de Faillite de 1875*, S.C. 1875, ch. 16, les provinces canadiennes se sont montrées soucieuses de protéger les créanciers. Sans doute inspirées par l’expérience américaine (T. C. Billig, « Bulk Sales Laws: A Study in Economic Adjustment » (1928), 77 *U. Pa. L. Rev.* 72), plusieurs provinces canadiennes, dont l’Ontario en 1917, adoptèrent des lois sur la vente en bloc.

L’objectif général était d’améliorer la position des créanciers face à des débiteurs qui vendaient leur entreprise et pouvaient facilement abuser de la

48

49

50

51

*Higgins v. Elliott* (1922), 65 D.L.R. 154 (N.S.S.C.), at p. 164. In *McLennan v. Fulton* (1921), 50 O.L.R. 572, at p. 577, Hodgins J.A. of the Ontario Court of Appeal wrote: "The aim of the Act is to prevent a person, partnership, or company disposing of his or its assets in bulk, and pocketing the money, leaving creditors in the lurch." This objective has been frequently reiterated by the courts. See *Re St. Thomas Cabinets, Ltd.* (1921), 61 D.L.R. 487 (Ont. S.C.), at p. 491; *Garson v. Canadian Credit Men's Trust Association*, [1929] S.C.R. 282, at pp. 285-86.

52

Three mutually complementary mechanisms, reinforced by a sanction, operate to achieve this general objective. These mechanisms and sanction are also aimed at specific objectives and at responding to particular needs.

53

The first mechanism is a judicial exemption (s. 3) granted on evidence that the sale is advantageous to the seller and will not impair the seller's ability to pay creditors in full. The general objective of the Act is completely met by that mechanism, which is available only when the financial health of the business is not affected by the proposed sale. The specific objective of that mechanism is to provide the parties with an alternative in the event that the Act is regarded as imposing an unnecessary requirement. Because the Act applies to all sales made out of the usual course of business, some transactions may have no effect on the business. However, the creditors may demand that the seller or buyer provide them with particulars in writing of the sale in bulk (s. 7). All necessary transparency is guaranteed.

54

Under the second mechanism, the buyer must demand of the seller a statement providing the details of debts owing to secured and unsecured trade creditors (s. 4). The buyer may pay the seller (s. 8(1)) only if the latter states that he or she has paid or made provision for his or her debts, or the debts do not exceed \$2,500, or the excluded

situation. Voir *Higgins c. Elliott* (1922), 65 D.L.R. 154 (C.S.N.-É.), p. 164. Le juge Hodgins, de la Cour d'appel de l'Ontario, écrivait, dans *McLennan c. Fulton* (1921), 50 O.L.R. 572, p. 577, que [TRADUCTION] « [l']objectif de la Loi est d'éviter qu'une personne physique, une société de personnes ou une société de capitaux se départisse de ses éléments d'actif en bloc, empêche l'argent et laisse ses créanciers les mains vides. » Cet objectif a été à maintes reprises réaffirmé par les tribunaux. Voir *Re St. Thomas Cabinets, Ltd.* (1921), 61 D.L.R. 487 (C.S. Ont.), p. 491; *Garson c. Canadian Credit Men's Trust Association*, [1929] R.C.S. 282, p. 285-286.

Trois mécanismes, complémentaires entre eux et chapeautés par une sanction, assurent la réalisation de cet objectif général. Les mécanismes et la sanction poursuivent aussi des objectifs particuliers et répondent à des exigences distinctes.

Le premier mécanisme consiste en une exemption judiciaire (art. 3) accordée sur preuve que la vente est à l'avantage du vendeur et ne diminue pas sa capacité de payer intégralement ses créanciers. L'objectif général de la Loi est pleinement assuré par ce mécanisme qui n'est disponible que lorsque la santé financière de l'entreprise n'est pas affectée par la vente projetée. L'objectif particulier de ce mécanisme est d'offrir une solution de rechange aux parties dans les cas où la Loi pourrait être perçue comme imposant une exigence inutile. En effet, comme la Loi s'applique à toutes les ventes qui ne sont pas effectuées dans le cadre habituel de l'entreprise, certaines transactions peuvent n'avoir aucun impact sur l'entreprise. Les créanciers peuvent toutefois exiger du vendeur ou de l'acheteur qu'il leur communique par écrit tous les détails de la vente (art. 7). Toute la transparence nécessaire est assurée.

Suivant le deuxième mécanisme, l'acheteur doit exiger du vendeur une déclaration fournissant les détails des dettes dues aux fournisseurs garantis et non garantis (art. 4). L'acheteur ne peut payer le vendeur (par. 8(1)) que si ce dernier déclare qu'il a payé toutes ses dettes ou a pourvu à leur paiement ou que les dettes n'excèdent pas 2 500 \$ ou que les

creditors have waived the provisions of the Act. The general objective of the Act is met, because the creditors are not at risk of having the proceeds of the sale paid to the seller before the debt owing to them is paid. The specific objective of this second mechanism is to make the buyer responsible for obtaining the statement in question, and to compel the buyer to withhold payment of the selling price until the buyer has arranged for payment of the debts owing to trade creditors.

The third mechanism involves a sort of liquidation under judicial supervision (s. 8(2)). It is conducted by a trustee with the agreement of a special majority of unsecured creditors, or is ordered by a judge where the creditors consent to the sale but not to the appointment of the trustee. This route must be taken where the sale price is not sufficient to pay all the creditors, or where the seller is not able to provide a statement deposing that the seller has made provision for payment of the debts. The general objective of reassuring creditors is met by this mechanism, since the proceeds of the sale are used to pay the business's debts and all creditors are treated equitably. The specific objective is to ensure that creditors are consulted and to transfer responsibility to a trustee for distributing the proceeds of the sale.

The three mechanisms are supplemented by a sanction, which allows the creditors to receive an amount equal to the value of the property sold. That mechanism is also intended to compel the parties to the deed of sale to comply with the Act. The statutory sanction is that the sale may be set aside (s. 16(1)). If that occurs, the buyer must account to the creditors for the value of the property that the buyer acquired in the sale (s. 16(2)). The specific objective is to restore the creditors to the position they were in before the sale. Therefore, a sale is set aside, the buyer no longer owns the property and must return it to the seller, and must refund the sale price. Since it is often impossible for the property to be returned in full, because the buyer has used or disposed of the property, the Act requires that the buyer account for the value of the property. The Act simplifies the usual mechanism associated with setting aside a sale

créanciers exclus ont renoncé au bénéfice de la Loi. L'objectif général de la Loi est pleinement atteint puisque les créanciers ne sont plus menacés de voir le produit de la vente remis au vendeur avant que leur créance ne soit réglée. L'objectif particulier visé par ce deuxième mécanisme est de rendre l'acheteur responsable de l'obtention de la déclaration et de le forcer à retenir le paiement du prix tant que l'acheteur n'a pas pourvu au règlement des créances des fournisseurs.

Le troisième mécanisme consiste en quelque sorte en une liquidation sous contrôle judiciaire (par. 8(2)). Elle est soit effectuée par l'intermédiaire d'un fiduciaire avec l'accord d'une majorité spéciale des créanciers non garantis, soit ordonnée par un juge lorsque les créanciers consentent à la vente mais non à la nomination du fiduciaire. Cette voie s'impose lorsque le prix de vente ne suffit pas à payer tous les créanciers ou que le vendeur n'est pas en mesure de fournir une déclaration attestant qu'il avait pourvu au paiement des dettes. L'objectif général de rassurer les créanciers est bien servi par ce mécanisme puisque le produit de la vente est utilisé pour payer les dettes de l'entreprise et que tous les créanciers sont traités de façon équitable. L'objectif particulier est de garantir la consultation des créanciers et de transmettre à un fiduciaire la responsabilité de la distribution du produit de la vente.

Ces trois mécanismes sont complétés par une sanction qui permet de faire bénéficier les créanciers d'un montant égal à la valeur des biens vendus. Ce mécanisme vise également à contraindre les parties à l'acte de vente à se conformer à la Loi. La sanction légale est que la vente peut être annulée (par. 16(1)). Si c'est le cas, l'acheteur doit rendre compte aux créanciers de la valeur des biens qu'il a obtenus lors de la vente (par. 16(2)). L'objectif particulier poursuivi est de remettre les créanciers dans la position où ils étaient avant la vente. Dans une situation d'annulation de vente, l'acheteur n'est plus propriétaire des biens. Il doit les remettre au vendeur et se faire restituer le prix de vente. Comme la remise intégrale est souvent impossible parce que l'acheteur aura utilisé ou aliéné les biens, la Loi lui impose de rendre compte de la valeur de ces biens. La Loi simplifie le mécanisme habituel lié à l'annulation en

55

56

by conferring the benefit on the group that the Act is intended to protect. The sanction also acts as a strong deterrent, since the buyer becomes personally subject to the duty to account. The buyer is made the guarantor of compliance with the requirements of the Act. See Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Bulk Sales Legislation* (1983), at pp. 25-26. Under the rules that apply when a sale is set aside, the buyer may claim a refund from the seller of the amount paid. Nevertheless, under the Act, the buyer is personally liable to the business's creditors at the time the sale takes place.

57

The sanction provided in s. 16(2) is essential to the proper operation of the Act. Neither the buyer nor the seller would have an incentive for complying with the Act if there were no sanction for non-compliance. Without the sanction, the Act would be nothing but wishful thinking, and would thus fail to achieve either its general or specific objectives. If the Act had no teeth, it would serve no useful purpose.

58

The judicial review that is provided for in relation to the sanction neither can nor should be used to render the three protection mechanisms moot. Where an application is brought to a judge under s. 16(1), the judge may not refuse to set aside the sale unless it is justified in the circumstances and the exercise of discretion would meet the objectives of the Act. An example of the exercise of discretion is offered in *Motorsource Inc. v. A.O. Smith Corp.* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.). In that decision, the sale price paid was equal to or greater than the market value of the property. The Alberta Court of Appeal therefore refused to set the sale aside, on the ground that doing so would be in no one's interest. On the other hand, in *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. v. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563 (C.A.), Rosenberg J.A. was of the opinion that the judge had no discretion. However, he nonetheless acknowledged that mere technical non-compliance may justify refusing to declare a sale void.

59

In my opinion, the Act leaves room for discretion to be exercised, but that discretion is limited. Mere speculation that the proceeds of sale would have

faisant bénéficiaire le groupe que la Loi vise à protéger. Cette sanction agit également comme puissant outil de dissuasion puisque l'acheteur devient personnellement débiteur de l'obligation de rendre compte. Il devient le garant du respect des exigences de la Loi. Voir Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Bulk Sales Legislation* (1983), p. 25-26. Suivant les règles applicables en cas d'annulation de la vente, l'acheteur peut réclamer de son vendeur le montant que ce dernier a reçu. En vertu de la Loi, il a cependant une obligation personnelle envers les créanciers de l'entreprise au moment de la vente.

La sanction prévue au par. 16(2) est essentielle au bon fonctionnement de la Loi. Ni l'acheteur ni le vendeur ne seraient incités à se conformer à la Loi si aucune sanction n'était prévue. En l'absence de sanction, la Loi demeurerait un vœu pieux faisant ainsi défaut tant à son objectif général qu'aux objectifs particuliers. Sans mordant, la Loi ne sert aucune fin utile.

L'examen judiciaire prévu dans le contexte de la sanction ne peut ni ne doit servir à rendre théoriques les trois mécanismes de protection. Saisi d'une demande en vertu au par. 16(1), le juge ne peut refuser d'annuler la vente que si les circonstances le justifient et si un tel exercice de discrétion sert les fins poursuivies par la Loi. Un exemple d'exercice de discrétion est offert par l'arrêt *Motorsource Inc. c. A.O. Smith Corp.* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.). Dans cette affaire, le prix de vente obtenu était égal ou supérieur à la valeur marchande des biens. La Cour d'appel d'Alberta a donc refusé d'annuler la vente au motif qu'une telle conclusion ne servait aucun intérêt. Par ailleurs, dans *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. c. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563 (C.A.), même si le juge Rosenberg est d'avis que le juge n'a pas de discrétion, il reconnaît tout de même qu'un simple défaut technique peut donner lieu à un refus d'annuler la vente.

À mon avis, la Loi laisse place à un exercice de discrétion, mais il est limité. La seule hypothèse que le produit de la vente aurait été distribué à un

been distributed to a secured creditor and that the complainant creditor would not have been paid in a judicial liquidation is not sufficient. The judge must weigh several factors. If the judge decides to decline to void the sale, he or she must be satisfied that the transaction is advantageous to all creditors protected by the Act, that the parties to the sale had a legitimate reason or an excuse for not complying with the Act, and that the objective of deterrence was not circumvented.

An *ex post facto* analysis of what complying with the Act would have meant for creditors is neither desirable nor useful. The context in which the sale of all or part of the assets of a business is negotiated is extremely complex, and any reconstruction can only amount to speculation. Apart from the discretion inherent in the decision as to whether or not to void the sale, the Act does not provide for such a reconstructive exercise to be conducted. If the parties comply with the Act, the situation of the creditors will be much clearer and more certain than if a judge were to assess how advantageous a transaction would have been to them based on hypotheticals that may vary, in number and nature, from one creditor to another.

If the parties do not comply with the Act and the sale is set aside, there is no room for any speculation. The buyer must account to the creditors for the value of the property purchased.

## II. The Spirit and Letter of the *Bulk Sales Act*

As Bastarache J. observes, the Act states a bright-line rule. If the sale is set aside, the buyer is then personally liable to account. Can that bright-line rule be interpreted in such a way as to take the payments made by the seller into account? In my opinion, the answer is no.

Section 16(2) reads as follows:

16. . . .

(2) If a sale in bulk has been set aside or declared void and the buyer has received or taken possession of the stock in bulk, the buyer is personally liable to account

créancier garanti et que le créancier plaignant n'aurait pas été payé dans le contexte d'une liquidation judiciaire n'est pas suffisante. Le juge doit pondérer plusieurs facteurs. S'il décide de refuser d'annuler la vente, il doit être convaincu que la transaction avantage tous les créanciers protégés par la Loi, que les parties à la vente avaient un motif légitime ou une excuse pour ne pas respecter la Loi et enfin, que l'objectif de dissuasion n'est pas contrecarré.

Un exercice d'évaluation a posteriori du sort qu'aurait réservé aux créanciers le respect de la Loi n'est ni souhaitable ni utile. Le contexte de la négociation de la vente d'une partie ou de la totalité des biens d'une entreprise est hautement complexe et toute reconstruction ne peut qu'être pure conjecture. Hors de la discrétion inhérente à la décision d'annuler ou non la vente, la Loi n'envisage pas un tel exercice. Si les parties se conforment à la Loi, les créanciers se trouvent dans une position bien plus claire et certaine que si un juge évalue l'avantage qu'ils tirent d'une transaction en fonction d'hypothèses dont le nombre et la nature peuvent varier d'un créancier à l'autre.

Si les parties ne se conforment pas à la Loi et que la vente soit annulée, il n'y a place à aucune spéculation. L'acheteur doit rendre compte aux créanciers de la valeur des biens achetés.

## II. L'esprit et la lettre de la *Loi sur la vente en bloc*

Comme le mentionne le juge Bastarache, la Loi exprime une règle claire. Si la vente est annulée, l'acheteur devient personnellement débiteur d'une obligation de rendre compte. Cette règle claire peut-elle être interprétée de façon à prendre en considération les paiements faits par le vendeur? Je suis d'avis que non.

Le paragraphe 16(2) se lit comme suit :

16. . . .

(2) Lorsque la vente en bloc est annulée ou déclarée nulle et que l'acheteur a reçu le stock en bloc ou en a pris possession, il est personnellement tenu de rendre compte

60

61

62

63

to the creditors of the seller for the value thereof, including all money, security and property realized or taken by the buyer from, out of, or on account of, the sale or other disposition by the buyer of the stock in bulk.

64 Under this provision, the buyer is liable to account for the value of the stock in bulk, and not for the value of the proceeds of sale. This is an important nuance, not only because the amount may be different but also because the sanction applies to the buyer's personal assets and not to whatever has become of the proceeds of the sale.

65 The purpose of the Act is to hold the buyer liable for an amount equal to the value of the property. An interpretation based on the use of the proceeds of sale to pay the secured creditors would undermine the spirit of the Act, which is intended to protect not only secured creditors but also ordinary creditors. Such an interpretation would also do violence to the wording chosen by Parliament, in that it substitutes the words "proceeds of the sale" for "value thereof". Under s. 16(2), the use made by the seller of the sale price received by the seller is of no relevance. Section 16(2) deals only with the buyer's liability to the creditors.

66 As well, because the Act's objective is to protect all the creditors, it would seem logical to prefer an interpretation under which that objective is more fully met by compliance rather than non-compliance. Non-compliance obviates the protection mechanisms, while compliance makes it more likely that the objectives of the Act will be achieved. The consequence of violating the Act must therefore be different from the consequence of complying with the Act.

67 Moreover, assessing the extent of the buyer's liability does not require any exercise of discretion by the judge. Accordingly, at this stage, and after the judge has set aside the sale, it is inappropriate to inquire into the motivations that might have prompted a seller or buyer not to comply with the requirements of the Act.

68 Above all, if the provincial legislature has not yet decided to repeal the Act, it is not the function of the courts to substitute their own judgment for it.

aux créanciers du vendeur de la valeur de ce stock et notamment de l'ensemble des sommes, des sûretés et des biens qu'il a réalisés ou obtenus par l'aliénation, notamment la vente, qu'il a faite du stock en bloc.

Selon ce texte, l'acheteur est tenu de rendre compte « de la valeur de ce stock » et non de la valeur du produit de la vente. La nuance a ici toute son importance, non seulement en ce que le montant peut différer mais aussi parce que la sanction vise le patrimoine de l'acheteur lui-même et non le sort fait au produit de la vente.

La Loi vise à rendre l'acheteur responsable pour un montant égal à la valeur des biens. Une interprétation qui s'attache à l'utilisation du produit de la vente pour payer les créanciers garantis fait fi de l'esprit de la Loi qui vise à protéger non seulement les créanciers garantis mais aussi les créanciers ordinaires. Une telle interprétation viole aussi clairement le texte choisi par le législateur en ce qu'il substitue aux mots « valeur de ce stock » les mots « produit de la vente ». Selon le par. 16(2), l'utilisation que le vendeur a faite du prix de vente qu'il a reçu n'a aucune pertinence. Le paragraphe 16(2) ne traite que de l'obligation de l'acheteur à l'égard des créanciers.

De plus, comme la Loi a pour objectif de protéger tous les créanciers, il paraît logique de favoriser une interprétation selon laquelle le respect de la Loi sert mieux son objectif que sa violation. Le non-respect contourne les mécanismes de protection alors que le respect favorise la réalisation des objectifs de la Loi. La conséquence de la violation doit donc être différente de celle qui découle du respect de la Loi.

Par ailleurs, l'évaluation de l'étendue de l'obligation de l'acheteur ne comporte aucun exercice de discrétion de la part du juge. Il n'y a donc pas lieu, à ce stade et après que le juge a prononcé l'annulation de la vente, de s'interroger sur les motivations qui peuvent pousser un vendeur ou un acheteur à ne pas respecter les exigences de la Loi.

Somme toute, si le législateur provincial n'a pas encore décidé d'abroger la Loi, il n'appartient pas aux tribunaux de se substituer à lui. Une

An interpretation that eliminates the consequences of violating the Act would be an implicit repeal of the Act, and amount to a negation of the democratic institutional process.

### III. Application to the Facts of the Case

The trial judge found that the sale was void. That finding was not appealed, and there is no reason to believe that it was either made or not appealed from out of inadvertence. The parties did not offer any formal explanation for their non-compliance with the Act, although there can be no doubt, from certain clauses, that they did so with full knowledge of what they were doing: Tax Times Services Ltd. and its president expressly undertook to indemnify H & R Block Canada Inc. for any liability arising out of non-compliance with the Act. That clause cannot be interpreted otherwise than as a statement of non-compliance, because the buyer was not provided with either a statement or an exemption, and the creditors were not consulted. The only possible conclusion is that the parties had business reasons for taking the route they chose.

As well, there is nothing in the evidence that would suggest that the transaction was obviously advantageous to the creditors and that this justified disregarding the objectives of protection, transparency, consultation and deterrence. On the contrary, as noted earlier, and as MacPherson J.A. of the Court of Appeal wrote ((2001), 56 O.R. (3d) 188), the argument that National Trust would have been in the same position if there had been compliance with the Act is based on pure speculation. Even though it was not proven that National Trust would have been able to have the terms of the sale changed if it had been consulted, the reverse is by no means obvious either. To encourage incorporating discretion at the stage of the duty to account can only provide sellers and buyers with an incentive to evade the application of the Act.

The exercise engaged in by Borins, and which my colleague Bastarache J. has adopted, is not, with respect, consistent with either the general objective

interprétation qui élimine les conséquences de la violation de la Loi emporte une abrogation implicite de cette loi et constitue ainsi une négation des mécanismes institutionnels démocratiques.

### III. Application aux faits de la cause

Le juge de première instance a conclu à la nullité de la vente. Cette conclusion n'est pas portée en appel et aucun motif n'a été avancé pouvant laisser croire que c'est par inadvertance que cette conclusion aurait été prononcée ou n'aurait pas été portée en appel. Les parties n'ont pas non plus fourni d'explication formelle pour leur dérogation à la Loi mais certaines clauses ne laissent aucun doute sur le fait que c'est en toute connaissance de cause qu'elles ont ainsi agi. En effet, Tax Times Services Ltd. et son président se sont explicitement engagés à indemniser H & R Block Canada Inc. pour toute responsabilité découlant du non-respect de la Loi. Cette clause ne peut qu'être interprétée comme une déclaration de non-conformité puisque ni déclaration ni exemption n'ont été fournies à l'acheteur et que les créanciers n'ont pas été consultés. La seule conclusion qui s'impose est que les parties avaient des motifs commerciaux pour emprunter la voie qu'elles ont choisie.

De plus, la preuve ne révèle aucun fait qui peut laisser croire que la transaction est à l'avantage évident des créanciers et que cet avantage justifie de passer outre aux objectifs de protection, de transparence, de consultation et de dissuasion. Au contraire, tel que mentionné ci-haut et comme l'écrit le juge MacPherson de la Cour d'appel ((2001), 56 O.R. (3d) 188), l'argument selon lequel Trust National aurait été dans la même position si la Loi avait été respectée est fondé sur une pure conjecture. Même s'il n'est pas prouvé que Trust National aurait pu faire changer les conditions de la vente si elle avait été consultée, l'inverse n'est pas pour autant évident. Favoriser l'inclusion d'une discrétion à l'étape de l'obligation de rendre compte ne peut qu'inciter vendeurs et acheteurs à éviter l'application de la Loi.

L'exercice auquel s'est prêté le juge Borins de la Cour d'appel et qu'a adopté mon collègue Bastarache ne respecte, à mon humble avis, ni

69

70

71

of the Act or its specific objectives. Participation by all classes of creditors, and more specifically by the ordinary creditor class, is circumvented, judicial review is evaded, and the parties have no incentive to comply with the Act because all that needs to be done in order for the buyer and seller to escape any sanction is to prove that the secured creditors have received an amount equal to the value of the proceeds. Creditors will not be reassured by an interpretation that allows their debtors to sell their assets on the sly.

72

As well, I do not find persuasive the argument that there is justification for giving the judge *ex post facto* discretion because it would be undesirable for National Trust to be paid when it would not have been paid if Tax Times had been liquidated. The law does not provide for a windfall. The Act simply sets out the consequence of the commercial risk that the buyer and seller take when they fail to comply with one of its provisions. It is by no means obvious that H & R Block would have to pay twice because Tax Time and its president undertook to indemnify them. Therefore it is not necessarily penalized by the application of the Act.

73

When the Act is applied, there are financial consequences, which the parties anticipated. It is not the function of judges to substitute their judgment for the wills of the legislature or the parties simply to minimize the impact of commercial legislation that they believe to be cumbersome or unfair.

#### IV. Conclusion

74

Legislation must be interpreted having regard to the objectives, spirit and letter of the law. I am of the opinion that after a sale is declared void, the duty to account for the property is automatic. Having regard to all these factors, I conclude that the Court of Appeal was correct to decline to intervene and the appeal should be dismissed.

*Appeal allowed with costs, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.*

l'objectif général de la Loi ni ses objectifs particuliers. La participation de toutes les catégories de créanciers, et plus particulièrement celle des créanciers ordinaires, est évitée, l'intervention judiciaire est escamotée, et les parties ne sont pas incitées à respecter la Loi si la simple preuve que les créanciers garantis ont reçu un montant égal au produit de la vente suffit à permettre à l'acheteur et au vendeur d'échapper à toute sanction. De plus, les créanciers ne peuvent être rassurés par une interprétation qui permet à leur débiteur de procéder à une vente de ses actifs en catimini.

De même, je ne crois pas fondé l'argument voulant qu'il soit justifié d'investir le juge d'une discrétion a posteriori parce qu'il serait indésirable que Trust National soit payée alors qu'elle ne le serait pas si Tax Times avait été liquidée. L'application de la Loi ne constitue pas un cadeau du ciel. Il ne s'agit que de la conséquence du risque commercial que l'acheteur et le vendeur ont pris en ne respectant pas la Loi. Il n'est d'ailleurs pas évident que H & R Block serait appelée à payer en double parce que Tax Times et son président se sont engagés à l'indemnisation. Elle n'est donc pas nécessairement pénalisée par l'application de la Loi.

L'application de la Loi entraîne des conséquences pécuniaires que les parties ont anticipées. Il n'appartient pas aux juges de se substituer au législateur ou aux parties pour minimiser l'impact de lois commerciales parce qu'ils les estiment encombrantes ou parce qu'ils ne les considèrent pas équitables.

#### IV. Conclusion

L'interprétation des textes législatifs doit se faire en tenant compte à la fois des buts, de l'esprit et de la lettre de la loi. Je suis d'avis qu'après la déclaration de nullité, l'obligation de rendre compte des biens est automatique. Compte tenu de tous ces facteurs, je conclus que c'est avec raison que la Cour d'appel a refusé d'intervenir et que le pourvoi devrait être rejeté.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.*



*Solicitors for the appellant: Fasken Martineau  
DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau  
DuMoulin, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Fraser Milner  
Casgrain, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Fraser Milner Casgrain,  
Toronto.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Communication Canada  
Canadian Government Publishing  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada  
Les Éditions du gouvernement du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S9

---

Available from:  
Canadian Government Publishing  
Communication Canada  
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente auprès de :  
Les Éditions du gouvernement du Canada  
Communication Canada  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2003 Vol. 3**

**2<sup>e</sup> cahier, 2003 Vol. 3**

**Cited as [2003] 3 S.C.R. 193-370**

**Renvoi [2003] 3 R.C.S. 193-370**

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
ANDRES GARIN  
LEE ANN GORMAN  
SALLY GRIFFIN

Legal Counsel / Conseillers juridiques  
KAREN LEVASSEUR  
ARCHIBALD MCDONALD  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
NICOLA SUTTON  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET  
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
GINETTE MIGNEAULT  
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
CHANTAL CORBEIL

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

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

## CONTENTS

### **Maranda v. Richer .....193**

Criminal law — Search warrant — Lawyers' office — Solicitor-client privilege — Procedure for authorizing and executing searches in lawyers' offices — Scope of protection afforded by solicitor-client privilege — Documents seized by police in lawyers' office pursuant to warrant — Information sought by police limited to gross amount of fees and disbursements billed by lawyer to client — Whether amount of fees and disbursements paid by client to lawyer is protected by solicitor-client privilege — Whether search and seizure were unreasonable.

### **Odhavji Estate v. Woodhouse.....263**

Practice — Motion to strike — Police officers involved in fatal shooting — Actions brought by estate and family of victim — Statement of claim alleging misfeasance in public office against police officers and chief of police and negligence against chief of police, police services board and province — Actions based on failure of police officers to cooperate in SIU investigation — Whether portions of statement of claim should be struck out as disclosing no reasonable cause of action — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01(1)(b).

Torts — Tort of misfeasance in public office — Chief of police and police officers — Victim killed by police — Police officers involved in shooting not complying with statutory duty to cooperate with SIU investigation — Plaintiffs bringing actions in misfeasance in public office against police officers and chief of police — Whether tort of misfeasance in public office can arise from misconduct involving breaches of statutory duty — Whether tort limited to unlawful exercises of statutory or prerogative powers.

Torts — Negligence — Duty of care — Victim killed by police — Police officers involved in shooting not complying with statutory duty to cooperate with SIU investigation — Plaintiffs bringing actions in negligence against chief of police, police services board and province — Whether they owed plaintiffs duty to take reasonable care to ensure that police officers cooperated with investigation.

Costs — Court of Appeal's costs award — Plaintiffs submitting that they are public interest litigants and should not have been required to pay costs — Actions involving public authorities and raising issues of public interest insufficient to alter essential nature of litigation — Plaintiffs not falling within definition of public interest litigants — No clear and compelling reasons to interfere with Court of Appeal's decision to award costs in accordance with usual rule that successful party is entitled to costs.

### **Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc. ....228**

Human rights — Equality rights — Discrimination based on criminal record — Dismissal — Employee dismissed while incarcerated for having committed a penal or criminal

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Maranda c. Richer .....193**

Droit criminel — Mandat de perquisition — Cabinet d'avocats — Secret professionnel — Procédure d'autorisation et d'exécution des perquisitions dans les cabinets d'avocats — Étendue de la protection du secret professionnel — Documents saisis par la police dans un cabinet d'avocats en vertu d'un mandat — Information désirée par la police se limitait au montant brut des honoraires et débours facturés par l'avocat à un client — Le montant des honoraires et des débours payés par un client à son avocat est-il protégé par le secret professionnel de l'avocat? — La saisie et la perquisition étaient-elles abusives?

### **Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.....228**

Droits de la personne — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur les antécédents judiciaires — Congédiement — Employé congédié alors qu'il était incarcéré pour avoir commis une infraction pénale ou criminelle sans lien avec l'emploi — Dans quelle mesure l'art. 18.2 de la Charte des droits et libertés de la personne protège l'emploi d'une personne incarcérée? — L'employeur a-t-il un devoir d'accommodement raisonnable? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 18.2.

### **R. c. Taillefer; R. c. Duguay .....307**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Défense pleine et entière — Obligation de divulguer la preuve — Omission du ministère public de divulguer toute la preuve pertinente à la défense lors du procès des accusés — Le droit des accusés à une défense pleine et entière a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

Droit criminel — Preuve — Obligation de divulguer la preuve — Omission du ministère public de divulguer toute la preuve pertinente à la défense lors du procès des accusés — Le droit des accusés à une défense pleine et entière a-t-il été violé?

Droit criminel — Preuve — Nouvelle preuve — Cour d'appel — Omission du ministère public de divulguer toute la preuve pertinente à la défense lors du procès des accusés — Démarche à suivre en appel pour apprécier une nouvelle preuve introduite à la suite d'une violation par le ministère public de son obligation de divulgation.

Droit criminel — Plaidoyer de culpabilité — Retrait — Critère applicable lorsqu'un accusé demande le retrait de son plaidoyer de culpabilité au motif de la découverte de nouveaux éléments de preuve non divulgués par la poursuite.

### **Succession Odhavji c. Woodhouse .....263**

Pratique — Requête en radiation — Agents de police mêlés  
*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

offence unrelated to his employment — Extent to which s. 18.2 of Charter of Human Rights and Freedoms protects employment of incarcerated person — Whether employer has a duty of reasonable accommodation — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 18.2.

### **R. v. Taillefer; R. v. Duguay.....307**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Full answer and defence — Duty to disclose evidence — Crown failing to disclose all relevant evidence to defence at trial of accused — Whether right of accused to make full answer and defence infringed — If so, nature of appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

Criminal law — Evidence — Duty to disclose evidence — Crown failing to disclose all relevant evidence to defence at trial of accused — Whether right of accused to make full answer and defence infringed.

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Court of Appeal — Crown failing to disclose all relevant evidence to defence at trial of accused — Approach to be taken by appellate court in assessing fresh evidence where Crown has not complied with its duty to disclose.

Criminal law — Guilty plea — Withdrawal — Test applicable to accused seeking leave to withdraw guilty plea on basis of discovery of new evidence not disclosed by Crown.

## SOMMAIRE (Fin)

à une fusillade fatale — Actions intentées par la succession et la famille de la victime — Allégations dans la déclaration touchant la faute dans l'exercice d'une charge publique de la part des agents de police et du chef de police, ainsi que la négligence du chef de police, de la commission des services policiers et de la province — Actions fondées sur l'omission des agents de police de collaborer à l'enquête de l'UES — Y a-t-il lieu de radier des parties de la déclaration pour absence de cause d'action fondée? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01(1)b).

Délits civils — Délit de faute dans l'exercice d'une charge publique — Chef de police et agents de police — Victime tuée par la police — Les agents de police mêlés à la fusillade ne se sont pas conformés à l'obligation que leur impose la loi de collaborer à l'enquête de l'UES — Les demandeurs ont intenté des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique contre les agents de police et le chef de police — Le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique peut-il résulter de l'inconduite fondée sur des manquements à une obligation imposée par la loi? — Le délit se limite-t-il à l'exercice illégitime de pouvoirs conférés par la loi ou découlant d'une prérogative?

Délits civils — Négligence — Obligation de diligence — Victime tuée par la police — Les agents de police mêlés à la fusillade ne se sont pas conformés à l'obligation que leur impose la loi de collaborer à l'enquête de l'UES — Les demandeurs ont intenté des actions pour négligence contre le chef de police, la commission des services policiers et la province — Ceux-ci étaient-ils tenus envers les demandeurs de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer que les agents de police collaborent à l'enquête?

Dépens — Adjudication des dépens par la Cour d'appel — Demandeurs faisant valoir qu'étant parties à un litige d'intérêt public, ils n'auraient pas dû être condamnés aux dépens — Le fait que les actions mettent en cause les autorités publiques et soulèvent des questions d'intérêt public ne suffit pas à modifier la nature fondamentale du litige — Les demandeurs ne correspondent pas à la définition de parties à un litige d'intérêt public — Aucun motif clair et impérieux ne justifie de modifier la décision de la Cour d'appel d'adjuger les dépens à la partie ayant obtenu gain de cause, conformément à la règle usuelle.

**Léo-René Maranda** *Appellant*

v.

**Corporal Normand Leblanc, in his capacity as informant** *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, the Canadian Bar Association, the Barreau du Québec and the Federation of Law Societies of Canada** *Intervenors*

and

**The Honourable Carol Richer, J.C.Q., in his capacity as Justice of the Peace, the Clerk of the Peace and the Crown of the District of Terrebonne, the Sheriff of the District of Terrebonne, Association québécoise des avocats et avocates de la défense and Association des avocats de la défense de Montréal** *Mis en cause*

**INDEXED AS: MARANDA v. RICHER**

**Neutral citation: 2003 SCC 67.**

File No.: 28964.

2003: May 12; 2003: November 14.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC**

*Criminal law — Search warrant — Lawyers' office — Solicitor-client privilege — Procedure for authorizing and executing searches in lawyers' offices — Scope of protection afforded by solicitor-client privilege — Documents seized by police in lawyers' office pursuant to warrant — Information sought by police limited to gross amount of fees and disbursements billed by lawyer to client — Whether amount of fees and disbursements paid by client to lawyer is protected by solicitor-client*

**Léo-René Maranda** *Appelant*

c.

**Caporal Normand Leblanc, ès qualités de dénonciateur** *Intimé*

et

**Le procureur général du Québec, l'Association du Barreau canadien, le Barreau du Québec et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada** *Intervenants*

et

**L'honorable Carol Richer, J.C.Q., ès qualités de juge de paix, le greffier de la paix et de la Couronne du district de Terrebonne, le shérif du district de Terrebonne, l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense et l'Association des avocats de la défense de Montréal** *Mis en cause*

**RÉPERTORIÉ : MARANDA c. RICHER**

**Référence neutre : 2003 CSC 67.**

N° du greffe : 28964.

2003 : 12 mai; 2003 : 14 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit criminel — Mandat de perquisition — Cabinet d'avocats — Secret professionnel — Procédure d'autorisation et d'exécution des perquisitions dans les cabinets d'avocats — Étendue de la protection du secret professionnel — Documents saisis par la police dans un cabinet d'avocats en vertu d'un mandat — Information désirée par la police se limitait au montant brut des honoraires et débours facturés par l'avocat à un client — Le montant des honoraires et des débours*



*privilege — Whether search and seizure were unreasonable.*

Suspecting that C was involved in money laundering and drug trafficking, the RCMP obtained authorization to search the appellant's law office for any documents relating to fees and disbursements billed to C or relating to the ownership of an automobile that C had allegedly transferred to his lawyer in payment for professional services. No notice was given to the appellant but a representative of the Syndic of the Barreau du Québec went with the police when they conducted the search, which lasted thirteen and a half hours. The appellant brought an application for *certiorari* in the Superior Court to have the warrant quashed and the search declared to be unlawful and unreasonable. An application was also filed under s. 488.1 of the *Criminal Code*. Although the Crown conceded that the search was void, the trial judge decided to continue hearing the case given the importance of the issues. He allowed the application for *certiorari* and quashed the search warrant and the procedures that had been carried out under it, declaring them to have been unlawful and unreasonable. The Court of Appeal reversed that decision. In the time since the Court of Appeal's judgment, this Court has declared s. 488.1 to be unconstitutional.

**Held:** The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The search and seizure were unreasonable and abusive within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because of the breach of the duty to minimize and the failure to contact the lawyer. The duty to minimize requires, first, that a search not be authorized unless there is no other reasonable solution and, second, that the authorization be given in terms that, to the extent possible, limit the impairment of solicitor-client privilege. The search must be executed in the same way. In this case the application for authorization did not comply with the duty to minimize. It was neither alleged nor established that there was no other reasonable alternative and that the information sought could not be obtained using other sources. The trial judge found that the evidence showed that the Crown could have obtained at least half of the information sought from different sources. A search and seizure procedure for the purpose of acquiring information half of which could have been obtained in another manner would not be tolerable. Nor does executing the search during business hours and making off with a large quantity of documents comply with the principle of minimization, given the nature of the information sought. Finally, no notice was given to the appellant. There is

*payés par un client à son avocat est-il protégé par le secret professionnel de l'avocat? — La saisie et la perquisition étaient-elles abusives?*

Soupçonnant C d'être impliqué dans des opérations de blanchiment d'argent et de trafic de stupéfiants, la GRC obtient l'autorisation d'effectuer une perquisition au cabinet d'avocats de l'appelant visant tous les documents relatifs aux honoraires et débours facturés à C ainsi que ceux concernant la propriété d'une automobile que C aurait cédée à son avocat en paiement de services professionnels. Aucun avis préalable n'est donné à l'appelant mais un représentant du syndic du Barreau du Québec accompagne les policiers lors de la perquisition qui dure treize heures et demie. L'appelant présente une requête en *certiorari* devant la Cour supérieure afin d'obtenir l'annulation du mandat et de faire déclarer la perquisition illégale et abusive. Une requête est aussi déposée en vertu de l'art. 488.1 du *Code criminel*. Bien que le ministère public ait concédé que la perquisition était nulle, le juge de première instance décide de continuer l'audition de l'affaire vu l'importance des questions. Il fait droit à la requête en *certiorari* et annule le mandat de perquisition et les procédures exécutées en vertu de celui-ci en les déclarant illégaux et abusifs. La Cour d'appel infirme cette décision. Depuis le jugement de la Cour d'appel, notre Cour a déclaré l'art. 488.1 inconstitutionnel.

**Arrêt :** Le pourvoi est accueilli.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : La saisie et la perquisition étaient déraisonnables et abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en raison de la violation de l'obligation de minimisation et de l'absence de communication avec l'avocat. L'obligation de minimisation exige, d'une part, qu'une perquisition ne soit autorisée que dans la mesure où il n'existe pas de solution de rechange raisonnable et, d'autre part, que les termes de l'autorisation restreignent autant que possible l'atteinte au secret professionnel. L'exécution doit être effectuée de la même manière. En l'espèce, la demande d'autorisation ne respectait pas l'obligation de minimisation. On n'avait ni allégué, ni établi qu'il n'existait pas d'autre solution raisonnable et que l'on ne pouvait se procurer les informations recherchées au moyen d'autres sources. Le juge de première instance a conclu que la preuve démontrait que le ministère public aurait pu obtenir au moins la moitié des informations recherchées de sources différentes. Une procédure de saisie et de perquisition qui vise des informations qui, pour moitié, pouvaient être obtenues de façon différente ne saurait être tolérée. L'exécution de la perquisition durant les heures de bureau, en raflant une quantité considérable de documents, ne respectait

nothing in the application for authorization to indicate why such contact should not or could not have taken place.

An application for information concerning defence counsel's fees in connection with a criminal prosecution involves the fundamental values of criminal law and procedure, such as the accused's right to silence and the protection against self-incrimination. The preservation of those values leads to the conclusion that no distinction should be drawn between a fact and a communication in determining whether the solicitor-client privilege applies to lawyers' billings for fees and disbursements. The existence of the fact consisting of the bill of account and its payment arises out of the solicitor-client relationship and of what transpires within it. That fact is connected to that relationship and must be regarded, as a general rule, as one of its elements. The fact consisting of the amount of the fees must therefore be regarded, in itself, as information that is generally protected by solicitor-client privilege. While that presumption does not create a new category of privileged information, it will provide necessary guidance concerning the methods by which effect is given to solicitor-client privilege. Because of the difficulties inherent in determining the extent to which the information contained in lawyers' bills of account is neutral information, and the importance of the constitutional values that disclosing it would endanger, recognizing a presumption that such information falls *prima facie* within the privileged category will better ensure that the objectives of the solicitor-client privilege are achieved and helps keep impairments of solicitor-client privilege to a minimum. In this case, the Crown neither alleged nor proved that disclosure of the amount of the appellant's billings would not violate the privilege that protected his professional relationship with his client and that information therefore had to remain confidential.

The Court of Appeal should not have applied the crime exception since it was not alleged by the informant and was not argued by the Crown at trial. It is not possible to find information that would justify applying that exception in the affidavit submitted in support of the application for warrant authorization.

*Per Deschamps J.:* There was agreement with the conclusions of the majority regarding the deficiency of the information and regarding the crime exception. However, it is preferable not to characterize the amount of the fees paid by a client as a matter protected by solicitor-client privilege. The ultimate purpose of this privilege is to

pas non plus le principe de minimisation compte tenu de la nature des informations recherchées. Enfin, aucun avis n'a été donné à l'appelant. Rien dans la demande d'autorisation ne justifie pourquoi cette communication ne devait ou ne pouvait avoir lieu.

Une demande d'information sur les honoraires de l'avocat de la défense rattachée à une poursuite criminelle remet en cause les valeurs fondamentales de la procédure pénale et du droit criminel, telles que le droit au silence du prévenu et la protection contre l'auto-incrimination. La préservation de ces valeurs amène à conclure qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre fait et communication pour déterminer si le privilège avocat-client s'applique aux comptes d'honoraires et de débours des avocats. La constitution du fait que seraient le compte d'honoraires et son acquittement découle de la relation avocat-client et de son évolution. Ce fait demeure rattaché à cette relation et doit être considéré en principe comme l'un de ses éléments. Par conséquent, le fait même du montant des honoraires doit être considéré comme un élément d'information protégé, en règle générale, par le privilège avocat-client. Sans pour autant entraîner la création d'une catégorie nouvelle d'informations privilégiées, une telle présomption apportera une précision nécessaire aux méthodes de mise en application du privilège avocat-client. En raison des difficultés inhérentes à l'appréciation de la neutralité des informations contenues dans les comptes d'avocats et de l'importance des valeurs constitutionnelles que mettrait en danger leur communication, la reconnaissance d'une présomption voulant que ces informations se situent *prima facie* dans la catégorie privilégiée assure mieux la réalisation des objectifs du privilège avocat-client et contribue à réduire au minimum les atteintes à ce privilège. En l'espèce, le ministère public n'a ni allégué ni démontré que la communication du montant des comptes d'honoraires de l'appelant ne porterait pas atteinte au privilège qui protégeait sa relation professionnelle avec son client et ces informations devaient donc demeurer confidentielles.

La Cour d'appel n'aurait pas dû appliquer l'exception de crime puisqu'elle n'a pas été alléguée par le dénonciateur et n'a pas été plaidée en première instance par le ministère public. On ne trouve pas dans l'affidavit soumis au soutien de la demande d'autorisation de mandat les éléments d'information justifiant l'application de cette exception.

*La juge Deschamps :* Il y a accord avec les conclusions des juges majoritaires en ce qui a trait au caractère déficient de la dénonciation et à l'exception de crime. Toutefois, il n'est pas souhaitable de catégoriser le montant qu'un client aurait payé à titre d'honoraires comme protégé par le privilège avocat-client. Le but ultime de ce

enable every individual to exercise his or her rights in an informed manner. The protection extends to advice given in both criminal and civil cases, without distinction. Not all communications with a lawyer will be protected by privilege. It is the context in which the communication takes place that justifies characterizing it as privileged. In order to ensure that solicitor-client privilege continues to serve its purpose, the amount of the fees billed should not be protected unless, due to context, it is found to fall within the ambit of the privilege. Here, the amount of the fees and disbursements is relevant for the purpose of proving the charge of possession of the proceeds of crime or money laundering, but it does not provide any indication as to the nature of the legal advice given, and is not likely to draw a court into an examination of the advice given or the professional services performed by the lawyer. In a context in which the information discloses nothing, there is no reason to justify finding that the information is of as much importance as the legal advice itself. When a lawyer submits a bill of account, he or she does so as a supplier of a service. The lawyer's relationship with the client is one of creditor to debtor. The amount owing takes on an identity distinct from the service itself. Therefore, it is not appropriate to grant it the same sort of protection given to the legal advice. It is in the interests of the administration of justice and of society in general for there to be greater transparency in respect of the amount of the fees that lawyers charge their clients.

The appeal is therefore allowed for the sole reason that the issuing judge should not have issued the search warrant without imposing conditions to ensure that the intrusion inherent in the search was minimized.

### Cases Cited

By LeBel J.

**Applied:** *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; **distinguished:** *Kruger Inc. v. Kruco Inc.*, [1988] R.J.Q. 2323; **referred to:** *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Rieger v. Burgess*, [1989] S.J. No. 240 (QL); *R. v. Joubert* (1992), 69 C.C.C. (3d) 553; *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89; *Hodgkinson v. Simms* (1988), 55 D.L.R. (4th) 577; *Madge v. Thunder Bay (City)* (1990), 72 O.R. (2d) 41; *Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 134; *Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.* (1983), 41 O.R.

privilege est de permettre à toute personne de faire valoir ses droits de façon éclairée. Cette protection s'étend indistinctement aux avis donnés en matière criminelle et en matière civile. Ce ne sont pas toutes les communications avec un avocat qui bénéficient de la protection du privilège. C'est le contexte de la communication qui justifie d'en reconnaître le caractère privilégié. Pour conserver au privilège avocat-client sa finalité, le montant des honoraires ne doit être protégé que si, en raison du contexte, le tribunal conclut qu'il se situe dans la sphère du privilège. En l'espèce, le montant des honoraires et débours est pertinent pour prouver l'accusation de possession de biens infractionnels ou de blanchiment d'argent, mais il ne comporte aucun indice sur la nature des conseils juridiques rendus et n'est pas susceptible d'engager une cour dans un examen des conseils donnés ou des travaux professionnels exécutés par l'avocat. Dans un contexte où l'information ne révèle rien, il n'y a aucun motif qui justifie de conclure que cette information revêt une importance aussi grande que l'avis juridique lui-même. Dans le contexte de la facturation, l'avocat est un fournisseur de services. La relation avec son client en est une de créancier à débiteur. Le montant dû prend une identité qui se détache du service lui-même. Il n'est donc pas approprié de lui accorder la même protection qu'à l'avis juridique. Il est dans l'intérêt de l'administration de la justice et de la société en général que l'on retrouve une grande transparence dans le montant des honoraires que les avocats demandent à leurs clients.

Le pourvoi est donc accueilli au seul motif que le juge qui a décerné le mandat de perquisition n'aurait pas dû le faire sans prévoir de conditions permettant de minimiser l'intrusion inhérente à la perquisition.

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêts appliqués :** *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; **distinction d'avec l'arrêt :** *Kruger Inc. c. Kruco Inc.*, [1988] R.J.Q. 2323; **arrêts mentionnés :** *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Rieger c. Burgess*, [1989] S.J. No. 240 (QL); *R. c. Joubert* (1992), 69 C.C.C. (3d) 553; *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89; *Hodgkinson c. Simms* (1988), 55 D.L.R. (4th) 577; *Madge c. Thunder Bay (City)* (1990), 72 O.R. (2d) 41; *Municipal Insurance Assn. of British Columbia c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 134; *Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.*

(2d) 328; *Amadzadegan-Shamirzadi v. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839.

By Deschamps J.

**Applied:** *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; **referred to:** *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Québec (Procureur général) v. R.C.*, [2003] R.J.Q. 2027.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1, s. 75.  
*By-law respecting accounting and trust accounts of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 3.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 8.  
*Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, ss. 3.03.03, 3.08.01, 3.08.02, 3.08.05.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 462.31, 488.1, 488.1(2), (8).  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, ss. 19.1, 19.2.  
*Regulation respecting the conciliation and arbitration procedure for the accounts of advocates*, (1994) 126 O.G. II, 4691.

#### Authors Cited

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

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.J.Q. 2490 (*sub nom. Leblanc v. Maranda*), 47 C.R. (5th) 162 (*sub nom. Maranda v. Québec (Juge de la Cour du Québec)*), 161 C.C.C. (3d) 64 (*sub nom. R. v. Charron*), [2001] Q.J. No. 4826 (QL) (*sub nom. Maranda v. Canada (Gendarmerie royale)*), reversing a decision of the Superior Court, [1998] R.J.Q. 481, [1997] Q.J. No. 3730 (QL). Appeal allowed.

*Giuseppe Battista*, for the appellant.

*Bernard Laprade* and *Bernard Mandeville*, for the respondent.

*Gilles Laporte* and *Benoît Lauzon*, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

(1983), 41 O.R. (2d) 328; *Amadzadegan-Shamirzadi c. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839.

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts appliqués :** *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; **arrêts mentionnés :** *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Québec (Procureur général) c. R.C.*, [2003] R.J.Q. 2027.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.31, 488.1, 488.1(2), (8).  
*Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 3.03.03, 3.08.01, 3.08.02, 3.08.05.  
*Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1, art. 75.  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 19.1, 19.2.  
*Règlement sur la comptabilité et les comptes en fidéicomis des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 3.  
*Règlement sur la procédure de conciliation et d'arbitrage des comptes des avocats*, (1994) 126 G.O. II, 6725.

#### Doctrine citée

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 2490 (*sub nom. Leblanc c. Maranda*), 47 C.R. (5th) 162 (*sub nom. Maranda c. Québec (Juge de la Cour du Québec)*), 161 C.C.C. (3d) 64 (*sub nom. R. c. Charron*), [2001] J.Q. n° 4826 (QL) (*sub nom. Maranda c. Canada (Gendarmerie royale)*), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure, [1998] R.J.Q. 481, [1997] A.Q. n° 3730 (QL). Pourvoi accueilli.

*Giuseppe Battista*, pour l'appelant.

*Bernard Laprade* et *Bernard Mandeville*, pour l'intimé.

*Gilles Laporte* et *Benoît Lauzon*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Denis Jacques*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Louis Belleau*, for the intervener Barreau du Québec.

*Jean-Claude Hébert*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. delivered by

LEBEL J. —

### I. Introduction

<sup>1</sup> This appeal arises out of an improperly authorized and improperly executed search conducted in the office of a Montreal criminal lawyer, the appellant, Léo-René Maranda (“Mr. Maranda”), on September 11, 1996. Although the Crown conceded, after an application for *certiorari* was filed, that the search was void by reason of a serious defect in the affidavit filed in support of the application for authorization, the matter proceeded, largely at the instance of the trial judge. Following the judgments of the Superior Court ([1998] R.J.Q. 481) and the Quebec Court of Appeal ([2001] R.J.Q. 2490), there are three issues now remaining in the appeal to this Court. The first concerns the requirements governing the issuance and execution of warrants to search lawyers’ offices, particularly as they relate to the duty to minimize any violation of solicitor-client privilege, to establish that there are no other sources of information and to give the lawyer in question notice of the procedure to be carried out. The second issue is whether the information in lawyers’ billings is privileged. The third involves the application of what is called the “crime exception”, which was raised by the Quebec Court of Appeal on its own motion.

<sup>2</sup> To dispose of these issues, we must examine how the common law rules as they were set out by this Court in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, after it declared s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“Cr. C.”), to be

*Denis Jacques*, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

*Louis Belleau*, pour l’intervenant le Barreau du Québec.

*Jean-Claude Hébert*, pour l’intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

### I. Introduction

Le pourvoi résulte d’une perquisition mal autorisée et mal exécutée au cabinet d’un criminaliste montréalais, l’appelant M<sup>e</sup> Léo-René Maranda (« M<sup>e</sup> Maranda »), le 11 septembre 1996. Bien que le ministère public ait concédé, après le dépôt d’une requête en *certiorari*, que la perquisition était nulle en raison d’un vice grave de l’affidavit déposé au soutien de la demande d’autorisation, le débat s’est poursuivi, en grande partie à l’initiative du juge de première instance. À la suite des jugements de la Cour supérieure ([1998] R.J.Q. 481) et de la Cour d’appel du Québec ([2001] R.J.Q. 2490), le pourvoi interjeté devant notre Cour laisse trois questions à trancher. La première concerne les conditions régissant la délivrance et l’exécution des mandats de perquisition dans les cabinets d’avocats, particulièrement quant à l’obligation de minimiser les atteintes au secret professionnel, de démontrer l’absence de sources d’information différentes et de donner avis à l’avocat visé de la procédure prévue. Le caractère privilégié des informations contenues dans les notes d’honoraires des avocats constitue la deuxième question en litige. S’y ajoute l’application de l’exception dite de crime, soulevée d’office par la Cour d’appel du Québec.

La solution de ce débat dépend de l’application et du développement des règles de common law élaborées par notre Cour dans l’arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, à la suite de la déclaration d’inconstitutionnalité de l’art. 488.1 du *Code*

unconstitutional, have been applied and developed. For the reasons that follow, I would allow the appeal and set aside the appeal decision. Like the trial judge, I find that the common law rules that must govern authorizations to seize materials from lawyers' offices, and the execution of those authorizations, were violated. As well, in my opinion, the lawyers' billings must be deemed, in the context in which this case arose, to fall within the category of information protected by solicitor-client privilege. It also seems to me that the crime exception was not properly relied on by the Court of Appeal and does not apply in this case.

## II. Origin and Judicial History of the Case

In September 1996, the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") was conducting an investigation of Alain Charron, a client of Mr. Maranda. The police suspected that Mr. Charron was involved in money laundering and drug trafficking. In the course of the criminal investigation, the respondent, Cpl. Normand Leblanc, a member of the RCMP, filed an application for authorization to search Mr. Maranda's office. The application covered all documents relating to fees and disbursements billed to or paid by Mr. Charron. It also covered all documents relating to the ownership of a Bentley automobile that Mr. Charron had transferred to his lawyer, in payment for certain accounts for professional services, according to the police.

The affidavit sworn by Cpl. Leblanc in support of the application for authorization stated that the search would lead to the discovery of information relating to the commission by Mr. Charron of the offence of possession of the proceeds of crime, contrary to ss. 19.1 and 19.2 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, then in force. The affidavit contained no allegation that Mr. Maranda had participated in the offences with which his client was charged.

Once the authorization was granted, the search took place. The police gave Mr. Maranda no notice. However, they alerted the Syndic of the Barreau du Québec, and a representative of the Syndic went with the police when they attended at Mr. Maranda's

*criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« C. cr. »). Pour les motifs qui suivent, je suggère d'accueillir le pourvoi et d'infirmer l'arrêt d'appel. Comme le premier juge, je conclus que les règles de common law qui doivent encadrer les autorisations de saisie dans les cabinets et leur exécution ont été violées. À mon avis aussi, dans le contexte de la présente affaire, les notes d'honoraires des avocats doivent être réputées faire partie de la catégorie des informations protégées par le privilège avocat-client. Enfin, il me paraît que l'exception de crime n'a pas été invoquée à bon escient par la Cour d'appel et ne s'appliquait pas en l'espèce.

## II. Origine et historique judiciaire du dossier

En septembre 1996, la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») poursuit une enquête sur un client de M<sup>e</sup> Maranda, M. Alain Charron. Les autorités policières soupçonnent ce dernier d'être impliqué dans des opérations de blanchiment d'argent et de trafic de stupéfiants. Dans le cadre de cette enquête criminelle, l'intimé le caporal Normand Leblanc, membre de la GRC, dépose une demande d'autorisation de perquisition au cabinet de M<sup>e</sup> Maranda. Cette demande vise tous les documents relatifs aux honoraires et débours facturés à M. Charron ou acquittés par celui-ci. Elle porte aussi sur tous les documents relatifs à la propriété d'une automobile de marque Bentley que M. Charron aurait cédée à son avocat en paiement de certaines notes de services professionnels, selon la police.

L'affidavit souscrit par le caporal Leblanc au soutien de la demande d'autorisation affirme que la perquisition permettrait de trouver des informations relatives à la perpétration d'une infraction de possession de biens infractionnels, par M. Charron, contrairement aux art. 19.1 et 19.2 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, alors en vigueur. L'affidavit ne comporte aucune allégation de participation de M<sup>e</sup> Maranda aux infractions reprochées à son client.

Une fois l'autorisation accordée, la perquisition a lieu. La police ne donne aucun avis préalable à M<sup>e</sup> Maranda. Elle avertit toutefois le syndic du Barreau du Québec dont un représentant accompagne les policiers lorsqu'ils se présentent au cabinet de

3

4

5

office to conduct the search. The search took place during normal office hours. It lasted thirteen and a half hours. Mr. Maranda, who had been detained in court, returned to his office right in the middle of this, to find his files and accounting records being carted off. In accordance with the representations made by Mr. Maranda and the practice in such cases that had been agreed to with the Syndic of the Barreau, the police did not read any of the documents. Nonetheless, filing cabinets and bookshelves were emptied. A number of boxes of documents were left behind, under guard. The appellant and others affected by the search warrant then brought an application for *certiorari* in the Quebec Superior Court to have the warrant quashed and the search declared to be unlawful and unreasonable. An application was also filed under s. 488.1 *Cr. C.* The parties agreed to proceed first with the hearing of the application for *certiorari*, in which a number of parties, including the Barreau du Québec, intervened.

6 After several days of testimony and argument before Béliveau J. of the Superior Court, there was a dramatic turn of events. Counsel for the federal Crown informed the trial judge and counsel for the other parties that after reviewing the entire case, the Crown had decided not to lay any charges against Mr. Charron, Mr. Maranda's client, in connection with money laundering and possession of the proceeds of crime, the matters that the search had related to. Counsel also admitted that a statement concerning the sources referred to in the affidavit filed in support of the application for authorization to search might have misled the authorizing judge. In the circumstances, since the search had been improper and was of no future use, the Crown stated that it wished to return the property that had been seized, which it ultimately did. The question then arose of whether a case should continue when it had become moot, given that the files and documents seized were being returned to Mr. Maranda.

7 Notwithstanding the admission by counsel for the Crown that the search was invalid and void, and despite the Crown's objections, Béliveau J. decided to continue hearing the case, noting the importance

M<sup>e</sup> Maranda pour effectuer la perquisition. Celle-ci se déroule durant les heures normales d'ouverture des bureaux. Elle dure treize heures et demie. M<sup>e</sup> Maranda, retenu devant un tribunal, revient à son étude au beau milieu de cette razzia dans ses dossiers et sa comptabilité. En raison des observations faites par M<sup>e</sup> Maranda et de la pratique convenue dans ces cas avec le syndic du Barreau, la police ne prend connaissance d'aucun document. Néanmoins, des classeurs et des étagères sont vidés de leur contenu. Plusieurs caisses de documents sont laissées sous garde. L'appelant et d'autres personnes touchées par le mandat de perquisition présentent alors une requête en *certiorari* devant la Cour supérieure du Québec afin d'obtenir l'annulation du mandat et de faire déclarer la perquisition illégale et abusive. Une requête est aussi déposée en vertu de l'art. 488.1 *C. cr.* Les parties conviennent de procéder d'abord à l'audition de la requête en *certiorari*, à laquelle participent plusieurs intervenants dont le Barreau du Québec.

Un coup de théâtre survient après plusieurs jours de preuve et d'argumentation devant le juge Béliveau de la Cour supérieure. Les procureurs de la Couronne fédérale informent alors le premier juge et les avocats des autres parties que le ministère public a décidé, après un réexamen de l'ensemble du dossier, de ne porter aucune accusation contre M. Charron, le client de M<sup>e</sup> Maranda, au sujet des affaires de blanchiment d'argent et de possession de biens infractionnels, auxquelles se rattachait la perquisition. Les procureurs reconnaissent également qu'une déclaration au sujet des sources mentionnées dans l'affidavit au soutien de la demande d'autorisation de perquisition a pu induire le juge qui a autorisé la perquisition en erreur. Dans ces circonstances, vu le caractère irrégulier de la perquisition et son inutilité pour l'avenir, la Couronne déclare vouloir restituer les biens saisis, ce qu'elle fait plus tard. Se pose alors la question de l'opportunité de continuer un dossier devenu théorique, vu la remise des documents saisis à M<sup>e</sup> Maranda.

Malgré la reconnaissance de l'invalidité et de la nullité de la perquisition par les procureurs de la Couronne et en dépit des objections de ceux-ci, le juge Béliveau décide de continuer l'audition de

of the issues it raised in relation to the procedure for authorizing and executing searches in lawyers' offices, and the scope of the protection afforded by solicitor-client privilege, for future cases. The trial judge then allowed the application for *certiorari*. He accordingly quashed the search warrant and the procedures that had been carried out under the authority of that warrant, declaring them to have been unlawful and unreasonable. In his opinion, even after s. 488.1 *Cr. C.* came into force, certain common law principles concerning searches in lawyers' offices identified by the courts were still valid and had been violated in this case. First, Cpl. Leblanc's affidavit failed to meet the duty to establish that the things or information sought could not reasonably have been obtained by other means. Second, Béliveau J. stated that solicitor-client privilege, as defined by the common law rules that apply in criminal law, covers the amount of fees and disbursements billed by a lawyer to his or her client, even in the absence of any other details concerning the nature of the professional services rendered. Third, the trial judge concluded that the authorizing judge must, at this stage, try to minimize any violations of privilege and of the confidentiality of the information covered by it. The fact that there was no minimization clause could make the search unreasonable. The judge pointed out that in this case, merely inspecting the lawyer's accounting records would have been sufficient to achieve the objectives of this search.

The Court of Appeal decided to hear the respondent's appeal despite the fact it was moot. However, it expressed strong reservations regarding the wisdom of the decision to give judgment despite the fact that the proceedings in connection with the search had been abandoned and the property seized returned to Mr. Maranda. Given the serious consequences of the Superior Court's judgment, however, the court thought it necessary to hear the appeal and examine the legal issues that had been raised at trial. On the merits, the unanimous opinion of the Court of Appeal, written by Proulx J.A., was in almost complete disagreement with the decision of Béliveau J. First, Proulx J.A. expressed the view that the authorizing judge had

l'affaire, en soulignant l'importance pour l'avenir des questions qu'elle pose à propos de la procédure d'autorisation et d'exécution des perquisitions dans les cabinets d'avocats et de l'étendue de la protection du secret professionnel de ces derniers. Le premier juge fait alors droit à la requête en *certiorari*. Il annule en conséquence le mandat de perquisition et les procédures exécutées en vertu de celui-ci, en les déclarant illégaux et abusifs. À son avis, même depuis l'entrée en vigueur de l'art. 488.1 *C. cr.*, certains principes de common law relatifs aux perquisitions dans les bureaux d'avocats et dégagés par la jurisprudence demeurent toujours valides et ont été violés en l'espèce. D'abord, l'affidavit du caporal Leblanc n'a pas respecté l'obligation de démontrer que les biens ou informations recherchés ne pouvaient raisonnablement être obtenus autrement. Ensuite, le juge Béliveau déclare que le secret professionnel de l'avocat, tel que défini par les règles de common law applicables en droit criminel, vise le montant des honoraires et débours facturés par un avocat à son client, même en l'absence de tout autre détail quant à la nature des services professionnels rendus. De plus, le premier juge conclut que le juge saisi d'une demande d'autorisation doit chercher à minimiser à ce stade les atteintes possibles au secret professionnel et à la confidentialité des informations qu'il protège. L'absence d'une clause de minimisation pourrait rendre la perquisition abusive. Le juge souligne qu'en l'espèce, une simple vérification des livres comptables de l'avocat aurait permis d'atteindre les objectifs recherchés par cette perquisition.

La Cour d'appel décide d'entendre le pourvoi interjeté par l'intimé malgré son caractère théorique. Elle exprime toutefois de fortes réserves quant à l'opportunité de la décision de rendre jugement en dépit de l'abandon des procédures de perquisition et de la remise des biens saisis à M<sup>e</sup> Maranda. Devant l'importance des conséquences du jugement de la Cour supérieure, la cour croit cependant nécessaire d'entendre l'appel et d'examiner les questions de droit soulevées en première instance. Sur le fond, l'opinion unanime de la Cour d'appel, rédigée par le juge Proulx, exprime un désaccord presque total avec la décision du juge Béliveau. En premier lieu, le juge Proulx exprime l'avis que le juge qui a autorisé la perquisition n'a pas perdu sa compétence en



not lost jurisdiction as a result of a breach of the duty to satisfy himself that there was no alternative. Although he agreed with the finding of fact made by Béliveau J. that the prosecution could have obtained at least half of the information it wanted from other sources, he noted that, on the other hand, the other half could not have been obtained by other means. Accordingly, the authorizing judge had exercised his jurisdiction properly and retained jurisdiction. Proulx J.A. then added that the fact that the issuing judge had not required either that notice be given to the lawyer in question or that the lawyer be present during the search did not invalidate the warrant. Such conditions went beyond what is required by s. 488.1(2) and (8) *Cr. C.* The presence of the Syndic, which had been required by the judge, provided protection that went beyond what was required by the law itself.

9

Proulx J.A. also examined the question of solicitor-client privilege. In that regard, he distinguished between facts and communications in the relationship between a client and his or her lawyer. In his opinion, the gross amount of fees and disbursements, without any further information or details, is a mere fact. It exists independently of the communication that is the real subject matter of the solicitor-client relationship. Accordingly, the fact must be examined in the context of that communication, in order to determine whether the circumstances indicate that the information relating to that fact will involve a breach of the privilege. Proulx J.A. also, on his own motion, raised the question of the crime exception to solicitor-client privilege. In his view, the allegations made by the informant in his affidavit provided a basis for applying that exception. Accordingly, the Court of Appeal concluded that the authorizing judge had retained jurisdiction, even though he had not imposed a minimization clause or required that notice be given to the lawyer or that the lawyer be present. In addition, the information about the amount of the fees and disbursements was not privileged. The judgment also criticized Béliveau J. for not applying the crime exception. This Court then granted leave to bring an appeal raising these issues, but within a legal framework that has been altered by recent developments in the Court's constitutional decisions.

raison d'une violation de l'obligation de se convaincre de l'absence de solution de rechange. Bien qu'il accepte la conclusion de fait du juge Béliveau voulant que la poursuite aurait pu obtenir au moins la moitié des informations recherchées d'autres sources, il souligne qu'*a contrario*, l'autre moitié ne pouvait être recueillie autrement. En conséquence, le juge de l'autorisation a bien exercé sa compétence et conservé celle-ci. Le juge Proulx ajoute alors que le mandat ne devenait pas nul parce que le juge qui a accordé l'autorisation ne prévoyait ni avis à l'avocat visé ni nécessité de sa présence lors de la perquisition. De telles conditions dépassent les exigences fixées par les par. 488.1(2) et (8) *C. cr.* La présence du syndic imposée par le juge accorde une protection qui va au-delà des exigences de la loi elle-même.

Le juge Proulx examine aussi la question du secret professionnel. Il distingue à cet égard le fait et la communication dans la relation entre le client et son avocat. Selon son opinion, le montant brut des honoraires et débours, sans plus d'informations ou de détails, ne constitue qu'un simple fait. Celui-ci existe indépendamment de la communication qui constitue le véritable objet de la relation avocat-client. En conséquence, il faut examiner le fait dans le contexte de cette communication pour déterminer si les circonstances indiquent que l'information relative à ce fait emportera une violation du secret professionnel. Enfin, de son propre chef, le juge Proulx soulève la question de l'exception de crime au secret professionnel. Selon lui, les allégations du dénonciateur, dans son affidavit, auraient permis d'invoquer cette exception. En conséquence, la Cour d'appel conclut que le juge de l'autorisation a conservé sa compétence, même s'il n'a pas imposé de clause de minimisation ni exigé d'avis à l'avocat non plus que la présence de celui-ci. De plus, l'information sur le montant des honoraires et débours n'était pas privilégiée. Le jugement reproche aussi au juge Béliveau de ne pas avoir appliqué l'exception de crime. Notre Cour a par la suite autorisé un pourvoi qui soulève ces questions, mais dans un cadre juridique modifié par l'évolution récente de sa jurisprudence constitutionnelle.

### III. The Legal Context of the Appeal

The legal context in which this appeal must be examined has changed substantially. When the case began, the principles and rules that applied to searches and seizures in lawyers' offices were set out in s. 488.1 *Cr. C.* and in the common law, the relevant substance of which this Court had defined in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, in particular. In the time since the Court of Appeal's judgment, this Court has declared s. 488.1 to be constitutionally invalid, in *Lavallee, Rackel & Heintz*, *supra*. It was of the opinion that the section violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by authorizing abusive and unreasonable searches and seizures in lawyers' offices. In this Court's opinion, the procedures prescribed by s. 488.1 *Cr. C.* were likely to jeopardize the privileged nature of solicitor-client communications. This Court's decision then clarified and strengthened the common law rules described in *Mierzwinski*. As defined in the reasons for judgment of Arbour J., those common law rules are meant to consolidate solicitor-client privilege, by placing the Crown under a clear duty to minimize any impairments of that privilege that might arise out of the search and seizure procedure. The rules are also intended to facilitate intervention by the lawyer concerned, by requiring that he or she be notified in time to be able to invoke the solicitor-client privilege in the information covered by the search warrant effectively:

1. No search warrant can be issued with regards to documents that are known to be protected by solicitor-client privilege.
2. Before searching a law office, the investigative authorities must satisfy the issuing justice that there exists no other reasonable alternative to the search.
3. When allowing a law office to be searched, the issuing justice must be rigorously demanding so to afford maximum protection of solicitor-client confidentiality.

### III. Le cadre juridique du pourvoi

En effet, le cadre juridique dans lequel est examiné le pourvoi a substantiellement changé. Lorsque l'affaire a débuté, les principes et règles applicables aux saisies et perquisitions dans les cabinets d'avocats se retrouvaient à l'art. 488.1 *C. cr.* et dans la common law dont notre Cour avait défini le contenu pertinent, notamment dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. Depuis le jugement de la Cour d'appel, notre Cour a déclaré l'art. 488.1 *C. cr.* invalide au point de vue constitutionnel dans l'affaire *Lavallee, Rackel & Heintz*, précitée. Elle a estimé que cet article violait l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en autorisant des saisies et perquisitions abusives et déraisonnables dans les cabinets d'avocats. En effet, selon notre Cour, les procédures mises en place par les dispositions de l'art. 488.1 *C. cr.* étaient de nature à mettre en péril le caractère privilégié des communications entre l'avocat et son client. L'arrêt de notre Cour a alors précisé et renforcé les règles de common law décrites dans l'arrêt *Mierzwinski*. Telles que définies dans les motifs de jugement de la juge Arbour, ces règles de common law entendent consolider le secret professionnel de l'avocat en imposant au ministère public une obligation claire de minimisation des atteintes que lui porterait la procédure de perquisition et de saisie. Ces règles veulent aussi faciliter l'intervention de l'avocat visé en exigeant qu'il soit averti à temps pour pouvoir invoquer utilement le secret professionnel à l'égard des informations visées par le mandat de perquisition :

1. Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat.
2. Avant de perquisitionner dans un bureau d'avocats, les autorités chargées de l'enquête doivent convaincre le juge saisi de la demande de mandat qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable.
3. Lorsqu'il permet la perquisition dans un bureau d'avocats, le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant, de manière à conférer la plus grande protection possible à la confidentialité des communications entre client et avocat.

- |    |   |    |   |
|----|---|----|---|
| 4. | Except when the warrant specifically authorizes the immediate examination, copying and seizure of an identified document, all documents in possession of a lawyer must be sealed before being examined or removed from the lawyer's possession.                       | 4. | Sauf lorsque le mandat autorise expressément l'analyse, la copie et la saisie immédiates d'un document précis, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou de lui être enlevés.   |
| 5. | Every effort must be made to contact the lawyer and the client at the time of the execution of the search warrant. Where the lawyer or the client cannot be contacted, a representative of the Bar should be allowed to oversee the sealing and seizure of documents. | 5. | Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition. Lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, on devrait permettre à un représentant du Barreau de superviser la mise sous scellés et la saisie des documents. |

(*Lavallee, Rackel & Heintz, supra*, at para. 49)

(*Lavallee, Rackel & Heintz*, précité, par. 49)

11

Obviously, neither the trial judge nor the Court of Appeal was able to examine the issues in this case in the specific context of those modified common law rules. However, the changes made to the common law by the decision in *Lavallee, Rackel & Heintz* did not totally rewrite the legal rules that apply to searches and seizures of lawyers' offices. They clarify and consolidate the previous rules, which recognized the need for solid protection of solicitor-client privilege. Those changes were consistent with the line of decisions rendered by this Court since *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, which stressed the social importance of that privilege, whose purpose is to protect the confidentiality of communications between solicitor and client (*R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289). In fact, solicitor-client privilege is one of the rare class privileges recognized by the common law. The decisions of this Court have clearly distinguished that privilege from privileges that are recognized on an individual, case-by-case basis for legal policy reasons, under the Wigmore test (J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 713-15; *Gruenke*, at pp. 286-87).

Évidemment, ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont pu examiner les questions en jeu dans la présente affaire dans le contexte précis de ces règles de common law modifiées. Toutefois, les modifications apportées à la common law par l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz* n'ont pas provoqué un bouleversement total des règles de droit applicables aux saisies et perquisitions dans les cabinets d'avocats. Elles précisent et consolident les règles antérieures qui reconnaissent la nécessité d'une protection solide du privilège avocat-client. Ces changements s'inscrivent dans le courant jurisprudentiel de notre Cour qui, depuis l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, rappelle l'importance sociale de ce privilège destiné à protéger la confidentialité des communications entre l'avocat et son client (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 289). Le privilège avocat-client représente d'ailleurs l'un des rares privilèges génériques qu'admet la common law. La jurisprudence de notre Cour l'a clairement distingué des privilèges reconnus sur une base particulière, cas par cas, pour des motifs de politique juridique, selon les critères de Wigmore (J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 713-716; *Gruenke*, p. 286-287).

12

The decisions of this Court have consistently strengthened solicitor-client privilege, which it now refuses to regard as merely an evidentiary or procedural rule, and considers rather to be a general principle of substantive law (see *Lavallee, Rackel & Heintz*, at para. 49). The only exceptions to the principle of confidentiality established by that privilege that will be tolerated, in the criminal law

La jurisprudence de notre Cour a constamment renforcé le secret professionnel de l'avocat. Elle refuse désormais de le traiter comme une simple règle de preuve ou de procédure. Elle y voit maintenant un principe général de droit substantiel (voir *Lavallee, Rackel & Heintz*, par. 49). Au principe de confidentialité qu'établit ce privilège, elle ne tolère, dans le contexte du droit pénal, que des exceptions

context, are limited, clearly defined and strictly controlled (*R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32). The aim in those decisions was to avoid lawyers becoming, even involuntarily, a resource to be used in the criminal prosecution of their clients, thus jeopardizing the constitutional protection against self-incrimination enjoyed by the clients. In determining the propriety of the authorization and execution of the search in Mr. Maranda's office and examining the problem of the confidentiality of the information about the fees and disbursements billed to his clients, care must be taken to follow the general approach that can be seen in this Court's decisions in this area.

#### IV. Analysis

In this appeal, the Court must answer questions that are now moot, since in any event the Crown concedes that the search and seizure were void and unreasonable. The Court of Appeal's negative responses to the arguments made by the appellant in respect of those questions could not revive that procedure. However, because of the nature of the proceedings that have taken place and their possible consequences, the questions have been asked and this Court has agreed to examine and answer them, as I shall now do.

##### 1. *The Duty to Minimize*

The first problem that arises is the question of the existence and effect, in Canadian criminal law, of a duty to minimize impairments of solicitor-client privilege when a search in a lawyer's office is authorized and executed. Under the current law, as set out in the decisions of this Court, there is no doubt that such a duty exists. It rests on the informant who applies for a search warrant, the authorizing judge and those responsible for executing it.

There are two aspects to this duty. First, it requires that a search not be authorized unless there is no other reasonable solution. Second, the authorization must be given in terms that, to the extent possible, limit the impairment of solicitor-client privilege. The search must be executed in the same way.

limitées, clairement définies et strictement contrôlées (*R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32). Cette jurisprudence veut éviter que l'avocat ne devienne, même involontairement, une ressource pour la poursuite criminelle contre son client et ne compromette ainsi la protection constitutionnelle dont celui-ci jouit contre l'auto-incrimination. La régularité de l'autorisation et de l'exécution de la perquisition au bureau de M<sup>e</sup> Maranda, ainsi que le problème de la confidentialité des informations sur les honoraires et débours facturés à sa clientèle, devront être examinés avec le souci de respecter l'orientation générale qui se dégage de la jurisprudence de notre Cour dans ce domaine.

#### IV. Analyse

Ce pourvoi oblige notre Cour à répondre à des questions théoriques, puisque, de toute façon, le ministère public concède la nullité et le caractère abusif de la saisie et de la perquisition. Même les réponses négatives données par la Cour d'appel aux arguments soulevés par l'appelant à leur sujet ne pouvaient faire revivre cette procédure. Cependant, en raison de la nature des débats qui ont eu lieu et de leurs conséquences possibles, les questions sont posées et notre Cour a accepté de les examiner et d'y répondre, ce que je ferai maintenant.

##### 1. *L'obligation de minimisation*

Le premier problème posé est celui de l'existence et de l'effet, en droit pénal canadien, d'une obligation de minimisation des atteintes au secret professionnel lors de l'autorisation et de l'exécution d'une perquisition dans un cabinet d'avocats. Dans l'état actuel du droit, tel que l'exprime la jurisprudence de notre Cour, cette obligation ne fait pas de doute. Elle s'impose au dénonciateur qui sollicite un mandat de perquisition, au juge qui autorise la perquisition et aux personnes chargées de son exécution.

Cette obligation présente ainsi un double aspect. D'une part, elle exige qu'une perquisition ne soit autorisée que dans la mesure où il n'existe pas de solution de rechange raisonnable. D'autre part, l'autorisation doit être donnée dans des termes qui restreignent autant que faire se peut l'atteinte au

13

14

15

Those principles had been laid down by Lamer J. (as he then was) in *Mierzwinski*, at p. 893:

Before authorizing a search of a lawyer's office for evidence of a crime, the justice of the peace should refuse to issue the warrant unless he is satisfied that there is no reasonable alternative to the search, or he will be exceeding his jurisdiction (the substantive rule). When issuing the warrant, to search for evidence or other things, he must in any event attach terms of execution to the warrant designed to protect the right to confidentiality of the lawyer's clients as much as possible.

16

In the recent decision in *Lavallee, Rackel & Heintz*, Arbour J. reiterated the need for stringent application of these rules. The requirement that there be no reasonable alternative must be met. The procedure to be followed must then be designed to ensure that the search will be executed so as to minimally impair solicitor-client privilege (para. 20). Later in her reasons, Arbour J. again stressed the importance of adopting a procedure that will rigorously protect the privilege, and of the more general principle of minimization (at para. 36):

Indeed, solicitor-client privilege must remain as close to absolute as possible if it is to retain relevance. Accordingly, this Court is compelled in my view to adopt stringent norms to ensure its protection. Such protection is ensured by labeling as unreasonable any legislative provision that interferes with solicitor-client privilege more than is absolutely necessary.

17

The existence of the principle of minimization must be reflected in the way that the application for authorization is worded, and in particular in the wording of the affidavits presented in support. The affidavit must contain allegations that are sufficiently precise and complete that the authorizing judge is able to exercise his or her jurisdiction with full knowledge of the facts. On that point, the principles laid down by this Court in *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, concerning wiretapping cases, in which a principle requiring that violations of privacy be minimized applies, appear to be relevant here. As noted in that decision, while those affidavits should not be pointlessly prolix, they must

secret professionnel. L'exécution doit être effectuée de la même manière. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) établissait déjà ces principes dans l'arrêt *Mierzwinski*, p. 893 :

Avant de permettre la perquisition d'un bureau d'avocat pour y rechercher des preuves d'un crime, le juge de paix devra, sous peine d'excéder sa compétence, refuser la délivrance du mandat à moins d'être satisfait qu'il n'existe pas d'alternative raisonnable à la perquisition (la règle de fond). Délivrant le mandat, que ce soit pour chercher des preuves ou d'autres choses, il devra de toute façon assortir le mandat de modalités d'exécution susceptibles de sauvegarder au maximum le droit à la confidentialité des clients de l'avocat.

Dans l'arrêt récent *Lavallee, Rackel & Heintz*, la juge Arbour réaffirme la pertinence d'une application stricte de ces règles. L'absence de solution de rechange raisonnable représente une exigence incontournable. Puis, les modalités prévues doivent viser à ce que l'exécution se déroule de la façon la moins attentatoire possible au secret professionnel (par. 20). Plus loin dans ses motifs, la juge Arbour souligne de nouveau l'importance de modalités capables de protéger rigoureusement le secret professionnel et celle du principe plus général de minimisation (au par. 36) :

En effet, le secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence. Par conséquent, je suis d'avis que la Cour est tenue d'adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection, ce qu'elle fait en qualifiant d'abusives toute disposition législative qui porte atteinte au secret professionnel plus que ce qui est absolument nécessaire.

L'existence de ce principe de minimisation doit se refléter dans la rédaction de la demande d'autorisation et, en particulier, dans celle des affidavits présentés à l'appui. L'affidavit doit comporter des allégations suffisamment précises et complètes pour permettre au juge de l'autorisation d'exercer sa compétence en connaissance de cause. À cet égard, les principes posés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, à propos des écoutes électroniques, où s'applique un principe de minimisation des atteintes à la vie privée, paraissent pertinents. Comme le rappelle cet arrêt, sans verser dans une prolixité inutile, ces affidavits doivent fournir au juge saisi de la demande

provide the authorizing judge with full and frank information, which the judge can use to perform his or her function completely (see *Araujo*, at paras. 46-47). It is then up to the judge to exercise his or her jurisdiction carefully, to ensure that the application for authorization properly establishes that there are no reasonable alternatives, and to define a procedure to be followed in executing the search that will preserve solicitor-client privilege to the greatest possible extent. This is not a matter of fulfilling formalities or laying out boilerplate allegations. Where privilege could be breached, it must be shown to the judge's satisfaction that the duty to minimize can be met in carrying out the proposed procedure.

In these respects, the application for authorization did not comply with the duty to minimize. It was neither alleged nor established, at that stage, that there was no other reasonable alternative, that the information sought could not be obtained using other sources. In this regard, Béliveau J. found that the evidence showed that the Crown could have obtained at least half of the information sought from different sources. Neither the Court of Appeal nor the Crown has disputed that finding of fact.

A procedure in which a relatively minimal amount of information that could have been gathered by other means was obtained from the lawyer would undoubtedly be tolerable. A search and seizure procedure for the purpose of acquiring information half of which could have been obtained in another manner violates the duty to minimize. Nor does executing the search during business hours and making off with a large quantity of documents comply with the principle of minimization, when it was claimed that only information about fees and disbursements paid to Mr. Maranda, and certain information about the transfer of an automobile, was being sought. The failure to make any attempt to contact the lawyer in question ahead of time exacerbated the violation.

In *Lavallee, Rackel & Heintz*, as noted earlier, the Court cited the need for a lawyer who is to be the subject of a search and seizure to be contacted.

d'autorisation une information honnête et suffisante, qui lui permette de remplir pleinement son rôle (voir *Araujo*, par. 46-47). Il lui appartient alors d'exercer sa compétence avec attention, pour s'assurer que la demande d'autorisation démontre adéquatement l'absence de solution de rechange raisonnable et pour définir des modalités d'exécution de la perquisition qui préservent le secret professionnel, dans toute la mesure possible. Il ne s'agit pas de remplir des formalités ou d'aligner des allégations rituelles. Il faut, dans le contexte de ces atteintes possibles, convaincre le juge que l'obligation de minimisation peut être respectée dans le cadre de la procédure envisagée.

Sous ces aspects, la demande d'autorisation ne respectait pas l'obligation de minimisation. On n'avait ni allégué, ni établi à cette étape qu'il n'existait pas d'autre solution raisonnable, que l'on ne pouvait pas se procurer les informations recherchées au moyen d'autres sources. À ce propos, le juge Béliveau a conclu que la preuve démontrait que le ministère public aurait pu obtenir au moins la moitié des informations recherchées de sources différentes. Ni la Cour d'appel, ni la Couronne n'ont contesté cette conclusion de fait.

On pourrait sans doute tolérer une procédure au cours de laquelle on obtiendrait de l'avocat une quantité relativement minime d'informations qui auraient pu être recueillies par d'autres moyens. Une procédure de saisie et de perquisition qui vise des informations qui, pour moitié, pouvaient être obtenues de façon différente viole l'obligation de minimisation. L'exécution de la perquisition durant les heures de bureau, en raflant une quantité considérable de documents, ne respectait pas non plus le principe de minimisation, alors que l'on affirmait ne rechercher qu'une information sur les honoraires et débours payés à M<sup>e</sup> Maranda et certains renseignements relatifs à la cession d'une automobile. L'absence de toute tentative de communication préalable avec l'avocat en cause aggravait encore cette violation.

Tel qu'indiqué plus haut, l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz* a rappelé la nécessité de cette communication avec l'avocat visé par la procédure de saisie

18

19

20

As useful as it may seem to contact the law society and to have its representative present, there is still a duty to inform the lawyer and the persons concerned, for the purpose of ensuring that solicitor-client privilege is effectively protected. Because that rule exists, the application for authorization and the authorization itself must provide for a method of informing the lawyer to alert him or her to the operation it is proposed to conduct in his or her office. However, circumstances may arise where that information would jeopardize the criminal investigation that is underway and the proposed seizure. In such a case, it will be up to the authorizing judge to exercise his or her power to assess the situation and to require that appropriate measures be taken to limit breaches of privilege. The law society to which the lawyer belongs will then have to be informed in a timely manner, so that its representative can be present at the search and take the necessary steps to avoid any breach of solicitor-client privilege. In this case, no notice was given to Mr. Maranda. There is nothing in the application for authorization to indicate why such contact should not or could not have taken place. As Béliveau J. concluded, that defect affected the validity of the procedure by which the search was authorized and the execution of the search. It contributed to making the operation abusive and unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

## 2. *The Privileged Nature of Information About Lawyers' Fees and Disbursements*

21

This case generated a debate about the privileged nature of lawyers' billings for fees and disbursements. In the eyes of the parties, and of the Superior Court and the Court of Appeal, that question seems to have become the main subject of the legal proceedings that arose out of this case. It must be discussed in the context of the very first of the common law rules set out by Arbour J. in *Lavallee, Rackel & Heintz, supra*, at para. 49. That rule prohibits the issuance of any search warrant relating to privileged information:

1. No search warrant can be issued with regards to documents that are known to be protected by solicitor-client privilege.

et de perquisition. Si utiles que paraissent le contact avec le Barreau et la présence de son représentant, l'obligation d'informer l'avocat et les intéressés demeure, dans l'objectif d'assurer la protection efficace du privilège avocat-client. En raison de l'existence de cette règle, la demande d'autorisation et cette dernière elle-même doivent prévoir une méthode d'information pour prévenir l'avocat de l'opération projetée dans son cabinet. Toutefois, des circonstances peuvent survenir où cette information compromettrait l'enquête criminelle en cours et la saisie projetée. En pareil cas, il reviendra au juge qui accorde l'autorisation d'exercer son pouvoir d'appréciation et de prévoir les mesures utiles pour limiter les atteintes au secret professionnel. Le Barreau auquel appartient l'avocat devra alors être informé en temps opportun, pour que son représentant puisse assister à la perquisition et faire les démarches nécessaires pour éviter une violation du privilège avocat-client. En l'espèce, aucun avis n'a été donné à M<sup>e</sup> Maranda. Rien dans la demande d'autorisation ne justifie pourquoi cette communication ne devait ou ne pouvait avoir lieu. Comme l'a conclu le juge Béliveau, ce vice affectait la validité de la procédure d'autorisation de la perquisition et l'exécution de celle-ci. Elle contribuait à donner à l'opération son caractère abusif et déraisonnable au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

## 2. *Le caractère privilégié des informations sur les honoraires et débours des avocats*

Cette affaire a été l'occasion d'un débat sur le caractère privilégié des comptes d'honoraires et de débours des avocats. Pour les parties, comme pour la Cour supérieure et la Cour d'appel, cette question semble bien être devenue l'objet principal de l'affrontement judiciaire qui est survenu dans ce dossier. Elle doit être discutée dans le cadre de la toute première des règles de common law précisées par la juge Arbour dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz*, précité, par. 49. Cette règle interdit la délivrance de tout mandat de perquisition touchant des informations à caractère privilégié :

1. Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat.

At first glance, that rule is clear and stringent. The authorizing judge may not issue a search warrant for privileged documents unless the material submitted to the judge by the informant establishes that an exception to that privilege applies. In that case, the warrant applied for may be granted, on terms that seek to keep breaches of privilege to a minimum. In this appeal, we must determine how that rule applies to information concerning lawyers' fees, in the context of a criminal investigation being conducted by the police. However, the parties are not questioning the principles set out in *Mierzwinski*, holding that lawyers' billings are protected by privilege when they contain information regarding the content of communications between the lawyer and his or her client, both about the legal advice given and about the terms for payment of the lawyer's fees or the financial situation of the person who consults the lawyer (p. 877, *per* Lamer J.). In the Court's opinion, the scope of the privilege is broad. The reasons written by Lamer J. suggest that courts should exercise great caution before trying to circumscribe or create exceptions to that privilege (at pp. 892-93):

In summary, a lawyer's client is entitled to have all communications made with a view to obtaining legal advice kept confidential. Whether communications are made to the lawyer himself or to employees, and whether they deal with matters of an administrative nature such as financial means or with the actual nature of the legal problem, all information which a person must provide in order to obtain legal advice and which is given in confidence for that purpose enjoys the privileges attached to confidentiality. This confidentiality attaches to all communications made within the framework of the solicitor-client relationship, which arises as soon as the potential client takes the first steps, and consequently even before the formal retainer is established.

In this appeal, however, the Attorney General of Canada, whose arguments on this point were adopted by the Quebec Court of Appeal, submits that the application related only to neutral information, the amount of the fees and disbursements paid, and to no other details. That information, it is submitted, falls outside the scope of the solicitor-client communication that is protected by common

À première vue, cette règle est claire et stricte. Le juge ne peut décerner un mandat de perquisition visant des documents privilégiés, à moins que les documents que lui soumet le dénonciateur ne démontrent l'existence d'une exception à ce privilège. En ce cas, le mandat recherché pourrait être obtenu suivant des modalités qui visent à restreindre au minimum les atteintes au privilège avocat-client. Il s'agit dans le présent appel de déterminer la portée de l'application de cette règle à propos des informations sur les honoraires des avocats dans le contexte d'une enquête criminelle menée par les autorités policières. Les parties ne remettent toutefois pas en cause les principes de l'arrêt *Mierzwinski*, selon lesquels les comptes d'avocats demeurent protégés par le privilège, lorsqu'ils contiennent des informations sur le contenu des communications entre l'avocat et son client, tant à l'égard des conseils juridiques donnés que des modalités de la rémunération de l'avocat ou de la situation financière de la personne qui le consulte (p. 877, le juge Lamer). Selon la Cour, le privilège a une portée large. L'opinion du juge Lamer suggère que les tribunaux doivent faire preuve d'une grande prudence avant de tenter de le circonscire ou d'y créer des exceptions (aux p. 892-893) :

En résumé, le client d'un avocat a droit au respect de la confidentialité de toutes les communications faites dans le but d'obtenir un avis juridique. Qu'ils soient communiqués à l'avocat lui-même ou à des employés, qu'ils portent sur des matières de nature administrative comme la situation financière ou sur la nature même du problème juridique, tous les renseignements que doit fournir une personne en vue d'obtenir un avis juridique et qui sont donnés en confiance à cette fin jouissent du privilège de confidentialité. Ce droit à la confidentialité s'attache à toutes les communications faites dans le cadre de la relation client-avocat, laquelle prend naissance dès les premières démarches du client virtuel, donc avant même la formation du mandat formel.

Dans le présent appel cependant, le procureur général du Canada, dont les moyens ont été retenus sur ce point par la Cour d'appel du Québec, soutient que sa demande ne vise qu'une information neutre, le montant des honoraires et débours payés, sans autres détails. Cette information se situerait hors du cadre de la communication entre l'avocat et le client, que protège le privilège de common law. Le



law privilege. The Attorney General compares it to a pure fact which is not such as would inform third parties about the content of the solicitor-client communication. That information would not facilitate the enlisting of the lawyer against his or her client, thus violating the client's constitutional protection against self-incrimination. The ultimate thrust of that argument is that this information could be the subject of a search warrant and could be disclosed to the prosecution, unless the context established that disclosing it might violate the confidentiality of the content of the professional communication. The appellant replies that this information is deemed to be covered by privilege. It cannot be the subject of a search warrant, and the lawyer could not disclose it to the Crown.

24

The question has never before been submitted to this Court in these terms. To answer it, I will have to assume that the Crown is seeking only the raw data, the amount of the fees and disbursements. I have some doubts on that point, however, after reading the list of documents sought. The documents and information sought, in particular concerning Mr. Maranda's disbursement accounts, might enable an intelligent investigator to reconstruct some of the client's comings and goings, and to assemble evidence concerning his presence at various locations based on the documentation relating to his meetings with his lawyer. In any event, I shall examine the issue in the terms defined by the parties, who assume that the information that the RCMP wanted was limited to the gross amount of the fees and disbursements billed by Mr. Maranda to his client, Mr. Charron.

25

The Canadian courts seem to have been divided on the question. The Court of Appeal has adopted an approach under which access to the information would be permitted as a general rule, unless the context showed that disclosing it would violate privilege. In the court's view, the privilege attaches to the communication, and not to a fact that might arise out of that communication. Proulx J.A. explained his understanding of the nature and scope of the privilege as follows (at para. 54):

[TRANSLATION] . . . solicitor-client "privilege" confers protection against any disclosure by the client or the

procureur général l'assimile à un pur fait qui n'est pas de nature à renseigner les tiers sur le contenu de la communication entre le client et l'avocat. Cette information ne permettrait pas de mobiliser l'avocat contre son client en portant atteinte ainsi à la protection constitutionnelle de celui-ci contre l'auto-incrimination. Cette argumentation propose en définitive que cette information pourrait faire l'objet d'un mandat de perquisition et être communiquée à la poursuite, à moins que le contexte n'établisse que sa transmission pourrait porter atteinte à la confidentialité du contenu de la communication professionnelle. L'appelant répond que cette information est réputée visée par le privilège. Elle ne peut faire l'objet d'un mandat de perquisition. L'avocat ne saurait la transmettre au ministère public.

Jusqu'à présent la question n'a jamais été posée dans ces termes à notre Cour. Pour y répondre, je devrai présumer que le ministère public ne recherche que le fait brut du montant des honoraires et des débours. Sur ce point, j'éprouve toutefois quelques doutes à la lecture de la liste des documents recherchés. Les documents et informations recherchés, notamment quant aux comptes de débours de M<sup>ce</sup> Maranda, permettraient peut-être à un enquêteur intelligent de reconstituer certaines des allées et venues du client et de constituer des éléments sur sa présence en des lieux divers à partir de la documentation relative aux rencontres avec son avocat. Quoiqu'il en soit, j'examinerai le débat dans les termes définis par les parties, qui supposent que l'information désirée par la GRC se limitait au montant brut des honoraires et débours facturés par M<sup>ce</sup> Maranda à son client, M. Charron.

Cette question paraît avoir divisé les tribunaux canadiens. La Cour d'appel a retenu une orientation selon laquelle ces informations seraient en principe accessibles, à moins que le contexte ne démontre que leur transmission porterait atteinte au privilège avocat-client. Pour elle, le privilège vise la communication et non le fait qui peut provenir de celle-ci. Le juge Proulx précise ainsi sa perception de la nature et la portée du privilège (au par. 54) :

. . . le « privilège » avocat-client protège contre toute divulgation par le client ou l'avocat (1) *les*

lawyer of (1) *communications by the client*, (2) *for the purpose of obtaining legal advice*, (3) *in the course of the solicitor-client relationship*, and (4) *intended by the client to be confidential*. Where those four elements are all present, a communication may be described as “privileged”. [Emphasis in original.]

The Court of Appeal’s reasons place great weight on the distinction between a fact and a communication in determining whether the common law privilege applies. If that privilege is to attach, there must have been not only confidentiality, but also a communication. Although the payment of fees, as a fact, is incidental to the solicitor-client relationship, it is separate from all of the privileged elements of the communication. In any event, in Proulx J.A.’s opinion, even if the payment of fees is regarded as an element of an act of communication, the content of that communication would not found a claim to privilege, because that content would not jeopardize the essential purpose of the privilege, which is to protect the trust and freedom that must be the hallmark of communications between solicitor and client (at para. 95):

[TRANSLATION] . . . disclosure of the fees paid cannot jeopardize the purpose of the privilege. In other words, I believe that a client who knows that the amount of the fees he or she will pay could be disclosed is still not prevented from freely confiding in his or her lawyer for the purpose of the client’s defence, or denied the assurance of confidentiality.

There is a line of cases that supports the position taken by the Quebec Court of Appeal. While those cases sometimes cite the distinction between fact and communication, they would, as a general rule, refuse to recognize solicitor-client privilege as attaching to information about the gross amount of fees paid to a lawyer (see, for example: *Rieger v. Burgess*, [1989] S.J. No. 240 (QL) (Q.B.); *R. v. Joubert* (1992), 69 C.C.C. (3d) 553 (B.C.C.A.)). The Court of Appeal also relied on a decision, in which I wrote the reasons, where it had concluded that solicitor-client privilege, in Quebec law, did not protect the information contained in billings that did not contain any details concerning the nature of the services rendered (*Kruger Inc. v. Kruco Inc.*, [1988] R.J.Q. 2323 (C.A.)). Other judgments have taken a position in favour of applying privilege in those

*communications faites par le client*, (2) *aux fins d’obtenir un avis juridique* (3) *dans le cadre de la relation client-avocat*, et (4) *voulues confidentielles par le client*. La coexistence de ces quatre éléments permet de qualifier une communication de « privilégiée ». [En italique dans l’original.]

Les motifs de la Cour d’appel attachent une grande importance à la distinction entre fait et communication pour déterminer si le privilège de common law s’applique. L’application de celui-ci exige non seulement la présence de la confidentialité, mais aussi celle d’une communication. Bien qu’incident à la relation entre avocat et client, le fait du paiement des honoraires se dissocie de tous les éléments privilégiés de la communication. De toute façon, selon le juge Proulx, même si l’on considérait le paiement des honoraires comme un élément d’un acte de communication, son contenu ne permettrait pas d’invoquer le privilège, car il ne mettrait pas en péril l’objet essentiel du privilège, soit la protection de la confiance et de la liberté qui doivent marquer les échanges entre l’avocat et le client (au par. 95) :

. . . sa divulgation ne saurait compromettre la raison d’être du privilège. Dit autrement, j’estime que le client qui sait que le montant qu’il paiera en honoraires pourrait être divulgué n’est pas empêché pour autant de se confier en toute liberté à son avocat pour sa défense et d’être assuré du respect de la confidentialité.

Un courant de jurisprudence appuie la position de la Cour d’appel du Québec. Retenant parfois la distinction entre fait et communication, ce courant jurisprudentiel refuserait en règle générale de reconnaître que le privilège avocat-client s’applique à l’information sur le montant brut des honoraires payés à un avocat (voir, par exemple : *Rieger c. Burgess*, [1989] S.J. No. 240 (QL) (B.R.); *R. c. Joubert* (1992), 69 C.C.C. (3d) 553 (C.A.C.-B.)). La Cour d’appel s’est aussi appuyée sur un arrêt, dont j’avais rédigé les motifs, dans lequel elle avait conclu que le secret professionnel de l’avocat, en droit québécois, ne protège pas les informations contenues dans des notes d’honoraires ne comportant aucun détail sur la nature des services rendus (*Kruger Inc. c. Kruco Inc.*, [1988] R.J.Q. 2323 (C.A.)). D’autres jugements ont adopté une position favorable à

circumstances. The most important of those judgments is undoubtedly the decision of the Federal Court of Appeal in *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89. In that case, although it dealt with the problem of applying federal access to information legislation, Linden J.A. had concluded that the amount of fees fell within the framework of the solicitor-client relationship and had to be protected (paras. 29-30). His reasons stressed the importance of the information that able counsel could sometimes extract from apparently neutral information such as the mere amount of the fees paid by opposing counsel's client (para. 46) (see also, for example: *Hodgkinson v. Simms* (1988), 55 D.L.R. (4th) 577 (B.C.C.A.); *Madge v. Thunder Bay (City)* (1990), 72 O.R. (2d) 41 (S.C.); *Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 134 (B.C.S.C.), at paras. 47-49).

28

The problem here must be solved in a way that is consistent with the general approach adopted in the case law to defining the content of solicitor-client privilege and to the need to protect that privilege. In the context of criminal investigations and prosecutions, that solution must respect the fundamental principles of criminal procedure, and in particular the accused's right to silence and the constitutional protection against self-incrimination.

29

Because this Court is dealing here with a criminal case, we must not overestimate the authority of *Kruco* or of other judgments that may have been rendered in civil or commercial cases. *Kruco*, for example, dealt with a completely different, commercial law matter, one that was governed by the law of evidence and the civil procedure of Quebec. It involved a dispute between two groups of shareholders who claimed to be entitled to complete financial information concerning the company's affairs, including information about the lawyers' fees that some of them had allegedly arranged to be paid by the company in which they all held an interest. An application by the Crown for information concerning defence counsel's fees in connection with a criminal prosecution involves the fundamental values and

l'application du privilège dans ces circonstances. Le plus important d'entre eux demeure sans doute celui prononcé par la Cour d'appel fédérale dans *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89. Dans cette affaire, qui portait toutefois sur le problème d'application de la législation fédérale relative à l'accès à l'information, le juge Linden a conclu que le montant des honoraires se situe dans le cadre de la relation entre l'avocat et le client et doit être protégé (par. 29-30). Son opinion soulignait l'importance des renseignements qu'un avocat habile pourrait parfois tirer d'informations apparemment aussi neutres que le simple montant des honoraires versés par le client de son adversaire (par. 46) (voir aussi, par exemple : *Hodgkinson c. Simms* (1988), 55 D.L.R. (4th) 577 (C.A.C.-B.); *Madge c. Thunder Bay (City)* (1990), 72 O.R. (2d) 41 (C.S.); *Municipal Insurance Assn. of British Columbia c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 134 (C.S.C.-B.), par. 47-49).

Le problème sous examen doit recevoir une solution qui respecte l'orientation prise par la jurisprudence quant à la définition du contenu du privilège avocat-client et à la nécessité de sa protection. Dans le contexte des enquêtes et poursuites criminelles, cette solution doit respecter les principes fondamentaux de la procédure criminelle, notamment le droit au silence du prévenu et la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination.

Puisque notre Cour examine ici une affaire criminelle, il ne faut pas surestimer la valeur de précédent de l'arrêt *Kruco* comme d'autres jugements qui ont pu être rendus dans des affaires civiles ou commerciales. *Kruco*, par exemple, portait sur une affaire complètement différente de droit commercial, régie par le droit de la preuve et la procédure civile du Québec. S'y affrontaient deux groupes d'actionnaires qui prétendaient avoir un droit à des informations financières complètes sur les affaires de l'entreprise, y compris quant aux honoraires d'avocats que certains d'entre eux auraient fait acquitter par la société dans laquelle ils détenaient tous des intérêts. Une demande d'information sur les honoraires de l'avocat de la défense, par le ministère public, rattachée à une poursuite criminelle remet en cause

institutions of criminal law and procedure. The rule that is adopted and applied must ensure that those values and institutions are preserved.

That rule cannot be based on the distinction between facts and communication. The protection conferred by the privilege covers primarily acts of communication engaged in for the purpose of enabling the client to communicate and obtain the necessary information or advice in relation to his or her conduct, decisions or representation in the courts. The distinction is made in an effort to avoid facts that have an independent existence being inadmissible in evidence (*Stevens, supra*, at para. 25). It recognizes that not everything that happens in the solicitor-client relationship falls within the ambit of privileged communication, as has been held in cases where it was found that counsel was acting not in that capacity but simply as a conduit for transfers of funds (*Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.* (1983), 41 O.R. (2d) 328 (Div. Ct.); *Joubert, supra*).

However, the distinction does not justify entirely separating the payment of a lawyer's bill of account, which is characterized as a fact, from acts of communication, which are regarded as the only real subject of the privilege. Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, highlighted the fineness of that distinction and the risk of eroding privilege that is inherent in using it (at p. 734, §14.53):

The distinction between "fact" and "communication" is often a difficult one and the courts should be wary of drawing the line too fine lest the privilege be seriously emasculated.

While this distinction in respect of lawyers' fees may be attractive as a matter of pure logic, it is not an accurate reflection of the nature of the relationship in question. As this Court observed in *Mierzwinski*, there may be widely varying aspects to a professional relationship between solicitor and client. Issues relating to the calculation and payment of fees constitute an important element of that relationship for both parties. The fact that such issues are present frequently necessitates a discussion of the nature of the services and the manner in which

les valeurs et les institutions fondamentales de la procédure pénale et du droit criminel. La solution de principe retenue doit assurer la préservation de celles-ci.

Cette solution ne saurait reposer sur la distinction entre fait et communication. La protection du privilège vise d'abord des actes de communication destinés à permettre au client de communiquer et d'obtenir les informations ou conseils nécessaires pour sa conduite, ses décisions ou sa représentation devant les tribunaux. La distinction cherche à éviter que des faits possédant une existence autonome ne puissent être mis en preuve (*Stevens*, précité, par. 25). Elle reconnaît que tous les incidents des rapports entre un client et son avocat ne se situent pas dans le cadre de communications privilégiées, comme dans des cas où la jurisprudence note que l'avocat a agi non comme tel, mais comme simple intermédiaire pour des transferts de fonds (*Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.* (1983), 41 O.R. (2d) 328 (C. div.); *Joubert*, précité).

La distinction ne justifie pas toutefois une dissociation totale du fait que serait le paiement d'un compte d'honoraires d'avocats et des actes de communication, qui constitueraient le seul objet véritable du privilège. Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, soulignent la fragilité de cette distinction et les risques d'affaiblissement du privilège associés à son emploi (à la p. 734, §14.53) :

[TRADUCTION] Il est souvent difficile de distinguer les faits des actes de communication et les tribunaux doivent se garder d'établir une distinction trop subtile de crainte que le privilège ne s'en trouve grandement affaibli.

Attrayante peut-être en pure logique, cette distinction quant aux honoraires d'avocats rend mal compte de la nature de la relation en cause. Comme notre Cour le constatait dans l'arrêt *Mierzwinski*, une relation professionnelle entre un client et un avocat peut présenter des aspects très divers. Les questions de calcul et de paiement des honoraires en constituent un élément important pour les deux parties. Leur présence impose fréquemment une discussion de la nature et des modalités d'exécution des services. Les lois professionnelles et les codes

30

31

32

they will be performed. The legislation and codes of professional ethics that govern the members of law societies in Canada include often complex mechanisms for defining the obligations and rights of the parties in this respect. The applicable legislation and regulations include strict rules regarding accounting and record-keeping, an obligation to submit detailed accounts to the client, and mechanisms for resolving disputes that arise in that respect (*Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1, s. 75; *By-law respecting accounting and trust accounts of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 3; *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, ss. 3.03.03 and 3.08.05; *Regulation respecting the conciliation and arbitration procedure for the accounts of advocates*, (1994) 126 O.G. II, 4691). The existence of the fact consisting of the bill of account and its payment arises out of the solicitor-client relationship and of what transpires within it. That fact is connected to that relationship, and must be regarded, as a general rule, as one of its elements.

33

In law, when authorization is sought for a search of a lawyer's office, the fact consisting of the amount of the fees must be regarded, in itself, as information that is, as a general rule, protected by solicitor-client privilege. While that presumption does not create a new category of privileged information, it will provide necessary guidance concerning the methods by which effect is given to solicitor-client privilege, which, it will be recalled, is a class privilege. Because of the difficulties inherent in determining the extent to which the information contained in lawyers' bills of account is neutral information, and the importance of the constitutional values that disclosing it would endanger, recognizing a presumption that such information falls *prima facie* within the privileged category will better ensure that the objectives of this time-honoured privilege are achieved. That presumption is also more consistent with the aim of keeping impairments of solicitor-client privilege to a minimum, which this Court forcefully stated even more recently in *McClure*, *supra*, at paras. 4-5.

34

Accordingly, when the Crown believes that disclosure of the information would not violate the

de déontologie régissant les membres des barreaux au Canada comportent des mécanismes souvent complexes pour définir les obligations et les droits des parties en cette matière. Ces mesures législatives et réglementaires prévoient des normes strictes de tenue de la comptabilité et des dossiers, l'obligation de rendre compte en détail au client et des mécanismes de règlement des différends survenus à leur propos (*Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1, art. 75; *Règlement sur la comptabilité et les comptes en fidéicommis des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 3; *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, ch. B-1, r. 1, art. 3.03.03 et 3.08.05; *Règlement sur la procédure de conciliation et d'arbitrage des comptes des avocats*, (1994) 126 G.O. II, 6725). La constitution du fait que seraient le compte d'honoraires et son acquittement découle de la relation avocat-client et de son évolution. Ce fait demeure rattaché à cette relation et doit être considéré en principe comme l'un de ses éléments.

En droit, lorsqu'il s'agit d'autoriser une perquisition dans un cabinet d'avocats, le fait même du montant des honoraires doit être considéré comme un élément d'information protégé, en règle générale, par le privilège avocat-client. Sans pour autant entraîner la création d'une catégorie nouvelle d'informations privilégiées, une telle présomption apportera une précision nécessaire aux méthodes de mise en application du privilège avocat-client, qui se situe dans les privilèges génériques, comme on se le rappellera. En raison des difficultés inhérentes à l'appréciation de la neutralité des informations contenues dans les comptes d'avocats et de l'importance des valeurs constitutionnelles que mettrait en danger leur communication, la reconnaissance d'une présomption voulant que ces informations se situent *prima facie* dans la catégorie privilégiée assure mieux la réalisation des objectifs de ce privilège établi de longue date. Elle respecte aussi cette volonté de réduire au minimum les atteintes au privilège avocat-client, que notre Cour exprimait encore récemment avec force dans l'arrêt *McClure*, précité, par. 4-5.

Ainsi, lorsque le ministère public estimera que la communication de cette information ne porterait

confidentiality of the relationship, it will be up to the Crown to make that allegation adequately in its application for the issuance of a warrant for search and seizure. The judge will have to satisfy himself or herself of this, by a careful examination of the application, subject to any review of his or her decision. In addition, certain information will be available from other sources, such as the client's bank where it retains the cheques or documents showing payment of the bills of account. As a general rule, however, a lawyer cannot be compelled to provide that information, in an investigation or in evidence against his or her client. In this case, the Crown neither alleged nor proved that disclosure of the amount of Mr. Maranda's billings would not violate the privilege that protected his professional relationship with Mr. Charron. That information therefore had to remain confidential, as the trial judge held.

### 3. *The Crime Exception*

The final ground relied on by the Court of Appeal to justify disclosure of the amount of the lawyer's fees and disbursements in this case was the crime exception. That ground comes as a surprise, and should not have been argued on appeal. The informant had not alleged that exception. The Crown had not argued it in the Superior Court. Contrary to the opinion of the Court of Appeal, it is difficult to find information that would justify applying that exception in the affidavit submitted by the informant in support of the application for authorization. In order to rely on this ground, it would have to be concluded that this exception applies whenever a lawyer is consulted by a client concerning an offence of the same type as the offence contemplated by the provisions of s. 462.31 *Cr. C.*, relating to what are called proceeds of crime. In this case, the affidavit plainly did not claim that Mr. Maranda was connected in any way with the acts it was sought to charge his client with.

The courts have recognized the existence of this exception (see *Amadzadegan-Shamirzadi v. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839 (C.A.)). The legal rules governing the exception, both at the stage of an

aucune atteinte à la confidentialité de la relation, il lui appartiendra de l'alléguer de manière suffisante dans sa demande d'autorisation d'un mandat de saisie et de perquisition. Le juge devra s'en assurer par un examen attentif de la demande, sous réserve de la révision éventuelle de sa décision. Par ailleurs, certaines informations demeureront accessibles à partir d'autres sources, comme la banque du client qui conserverait les chèques ou documents constatant le paiement de comptes d'honoraires. En principe, toutefois, on ne pourra forcer l'avocat à fournir cette information dans une enquête ou lors de la présentation de la preuve contre son client. Dans le présent dossier, le ministère public n'a ni allégué ni démontré que la communication du montant des comptes d'honoraires de M<sup>e</sup> Maranda ne porterait pas atteinte au privilège qui protégeait sa relation professionnelle avec M. Charron. Ces informations devaient alors demeurer confidentielles comme l'a décidé le premier juge.

### 3. *L'exception de crime*

Comme dernier motif pour justifier la communication du montant des honoraires et débours de l'avocat dans ce dossier, la Cour d'appel a invoqué l'application de l'exception de crime. Ce motif surprend et n'aurait pas dû être soulevé en appel. Le dénonciateur n'avait pas allégué cette exception. Le ministère public ne l'a pas plaidée en Cour supérieure. Contrairement à l'opinion de la Cour d'appel, il est difficile de trouver dans l'affidavit soumis par le dénonciateur au soutien de la demande d'autorisation, les éléments d'information justifiant l'application de cette exception. Pour y parvenir, il faudrait conclure que cette exception s'applique dès qu'un avocat est consulté par un client au sujet d'une infraction du même type que celle visée par les dispositions de l'art. 462.31 *C. cr.*, relatives à des biens dits infractionnels. En l'espèce, l'affidavit ne prétend certes pas que M<sup>e</sup> Maranda aurait été lié de quelque manière aux actes dont on voulait accuser son client.

La jurisprudence reconnaît l'existence de cette exception (voir *Amadzadegan-Shamirzadi c. Polak*, [1991] R.J.Q. 1839 (C.A.)). Son régime juridique, tant au stade d'une mesure d'enquête comme une

35

36

investigative procedure such as a search and at trial, merit careful examination. Such an examination would not be warranted in this case, where all that is needed is to observe that none of the allegations and facts required if it were to be applied were present. Accordingly, on this point as well, the appeal must succeed.

37

Despite the circumstances in which the trial judge decided to retain jurisdiction in this case, his conclusions seem to be in accordance with the general trend in the decisions of this Court. This Court has shown itself to be mindful of the protection that must be afforded to solicitor-client privilege, which plays a fundamental role in the functioning of the criminal justice system. The confidentiality of the solicitor-client relationship is essential to the functioning of the criminal justice system and to the protection of the constitutional rights of accused persons. It is important that lawyers, who are bound by stringent ethical rules, not have their offices turned into archives for the use of the prosecution.

#### V. Conclusion

38

For these reasons, I would allow the appeal. I would find that the search and seizure were unreasonable and abusive, because of the breach of the duty to minimize and the failure to contact the lawyer. I would also conclude that the information relating to the lawyer's fees and disbursements was privileged and that the Court of Appeal should not have applied the crime exception.

English version of the reasons delivered by

39

DESCHAMPS J. — No one is questioning the importance of the privilege that attaches to the solicitor-client relationship. The only issue here is the scope of that privilege. Rather than abstractly considering the whole relationship that may exist between a lawyer and his or her client to be halloved, I favour a contextual approach. In my view, this approach promotes the due administration of justice, since it protects all communications made by the client to his or her lawyer for the purpose of obtaining legal advice, while not unduly impairing the search for truth. I am therefore of the view that

perquisition qu'au procès, mériterait un examen attentif. Celui-ci ne se justifierait pas dans le présent dossier où il suffit de constater que les allégations et faits nécessaires pour y recourir faisaient défaut. Sur ce point, donc, aussi, le pourvoi est bien fondé.

Malgré les circonstances dans lesquelles le juge de première instance a décidé de demeurer saisi de cette affaire, ses conclusions me paraissent conformes à l'orientation générale de la jurisprudence de notre Cour. Celle-ci demeure soucieuse de protéger le secret professionnel de l'avocat, qui joue un rôle fondamental dans la conduite de la justice pénale. La confidentialité des rapports entre l'avocat et son client demeure essentielle à la conduite de la justice pénale et à la protection des droits constitutionnels des accusés. Il importe d'éviter que le cabinet de l'avocat, tenu conformément à des normes déontologiques strictes, devienne un dépôt d'archives au service de la poursuite.

#### V. Conclusion

Pour ces motifs, je suggère d'accueillir le pourvoi. Je déclarerais que la saisie et la perquisition étaient déraisonnables et abusives, en raison de la violation de l'obligation de minimisation et de l'absence de communication avec l'avocat. Je conclurais également que les informations relatives aux honoraires et débours de l'avocat demeuraient privilégiées et que la Cour d'appel n'aurait pas dû appliquer l'exception de crime.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS — Personne ne remet en cause l'importance du privilège protégeant la relation avocat-client. Seule sa portée est en litige. Plutôt que de consacrer de façon abstraite l'ensemble de la relation qu'un avocat peut avoir avec son client, je préfère adopter une approche contextuelle. Cette approche, à mon avis, permet de valoriser le système de justice puisqu'elle protège toutes les communications faites par le client à son avocat dans le but d'obtenir un avis juridique tout en n'entravant pas indûment la recherche de la vérité. J'estime donc qu'il n'est pas souhaitable de catégoriser le montant

it is preferable not to characterize the amount of the fees paid by a client as a matter protected by solicitor-client privilege. On the question of the rules that apply to the issuance of a warrant, I am of the opinion, like LeBel J., that the information was deficient. I also concur with his conclusions regarding the crime exception.

### I. Solicitor-Client Privilege

As LeBel J. observes, the issue in this case has never been submitted to the Court, and I think it is important not to lose sight of the objective of solicitor-client privilege. The ultimate purpose of this privilege is to enable every individual to exercise his or her rights in an informed manner. The protection extends to advice given in both criminal and civil cases, without distinction. The privilege performs the social function of preserving the quality, freedom and confidentiality of information exchanged between a client and his or her lawyer in the context of a legal consultation. It enables all individuals to participate in society with the benefit of the information and advice needed in order to exercise their rights. It is closely associated with access to justice. Accordingly, regardless of the historical origin of the privilege, contemporary imperatives dictate that the same generous approach be taken which led to the recognition of this privilege as a principle of fundamental justice.

However, this principle of fundamental justice does not function in the abstract. For one thing, it involves its own limitations; for another, it must be reconciled with numerous other social imperatives, such as public safety and truth-seeking. To date, there have been several cases in which the courts have had an opportunity to examine this privilege. The boundaries of the privilege have not been drawn and, in my opinion, it should not be assigned a watertight definition. While the context in which this case arose is unique in that the appeal is moot, it offers an example of a situation in which no purpose is served by the protection afforded by the privilege. I therefore think that it will be useful to review the internal limitations on the privilege, after which I will discuss the exceptions to it. I will conclude by explaining why, in my opinion, the justice system is

qu'un client aurait payé à titre d'honoraires comme protégé par le privilège avocat-client. En ce qui a trait aux règles de délivrance du mandat, comme le juge LeBel, je suis d'avis que la dénonciation était déficiente. Je partage aussi ses conclusions concernant l'exception de crime.

### I. Le privilège avocat-client

Comme le signale le juge LeBel, la question en litige n'a jamais été soumise à la Cour et j'estime important de ne pas perdre de vue l'objectif visé par le privilège avocat-client. Le but ultime de ce privilège est de permettre à toute personne de faire valoir ses droits de façon éclairée. Cette protection s'étend indistinctement aux avis donnés en matière criminelle et en matière civile. Le privilège remplit une fonction sociale qui est celle de préserver la qualité, la liberté et la confidentialité des informations échangées entre un client et un avocat dans le contexte d'une consultation juridique. Il permet à tous les citoyens d'évoluer dans la société munis de toutes les informations et de tous les conseils nécessaires pour faire valoir leurs droits. Il est intimement lié à l'accès à la justice. Ainsi, indépendamment de l'origine historique du privilège, les impératifs contemporains dictent l'approche généreuse qui a mené à la reconnaissance de ce privilège comme principe de justice fondamentale.

Ce principe de justice fondamentale n'évolue cependant pas de façon abstraite. D'une part, il comporte ses propres limites et, d'autre part, il doit être concilié avec de nombreux autres impératifs sociaux, tels que la sécurité publique et la recherche de la vérité. Plusieurs cas particuliers ont jusqu'ici permis aux tribunaux de se pencher sur la portée du privilège. Ses contours ne sont pas définis et, à mon avis, ne devraient pas l'être de façon hermétique. Bien que le contexte de la présente affaire soit singulier en ce que le pourvoi est théorique, il offre un exemple de cas où aucune fin n'est servie par la protection du privilège. Je crois donc utile de revoir les limites internes du privilège pour ensuite m'attarder sur ses exceptions. Je compléterai en expliquant pourquoi, selon moi, le système de justice est mieux servi par la

40

41



better served when neutral information is disclosed instead of concealed.

(a) *Scope of the Privilege*

42

Not all communications with a lawyer will be protected by privilege. In other words, it is not the capacity in which the person is party to the communication that gives rise to the privilege. It is the context in which the communication takes place that justifies characterizing it as privileged. Accordingly, a commercial lawyer who works in an advertising agency and whose time is spent exclusively on developing products for his or her client will not be able to claim privilege for promotional work done. Similarly, the mere fact that a client considers certain information to be confidential will not suffice for it to be protected by solicitor-client privilege. I mention these examples as a reminder that the three prerequisites for privilege to attach, as laid down by Dickson J. (as he then was) in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 837, still apply:

... (i) a communication between solicitor and client; (ii) which entails the seeking or giving of legal advice; and (iii) which is intended to be confidential by the parties.

43

What then was the information sought in this case? It is common ground that the sole purpose of the search was to obtain information about the amount of the fees and disbursements paid by Alain Charron to his lawyer, Léo-René Maranda, for representing him at trials held in Nova Scotia and Newfoundland on narcotics charges.

44

In order to afford the broadest possible protection, I will assume that the first and last criteria set out in *Solosky* are met. The second criterion is more problematic, and a complete answer can only be found by examining the whole context.

45

The information was sought not in connection with the narcotics charges that gave rise to the lawyer's fees and disbursements, but because an investigation was being conducted into an allegation of money-laundering and possession of the proceeds

divulgence d'une information neutre que par sa mise sous secret.

a) *Portée du privilège*

Ce ne sont pas toutes les communications avec un avocat qui bénéficient de la protection du privilège. En d'autres mots, ce n'est pas la qualité de l'interlocuteur qui donne naissance au privilège. C'est le contexte de la communication qui justifie d'en reconnaître le caractère privilégié. Ainsi, l'avocat d'affaires qui travaille dans une agence de publicité et qui se consacre exclusivement au développement de produits de son client ne pourra pas invoquer de privilège pour son travail de promotion. De même, le simple fait qu'un client considère qu'une information est confidentielle ne suffira pas pour la protéger au moyen du privilège. Je mentionne ces exemples pour rappeler que les trois conditions préalables à l'existence du privilège établies par le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, sont toujours valables (à la p. 837) :

... (i) une communication entre un avocat et son client; (ii) qui comporte une consultation ou un avis juridiques; et (iii) que les parties considèrent de nature confidentielle.

Quelle était donc l'information recherchée en l'espèce? Il est acquis que le seul but de la perquisition était d'obtenir des informations sur le montant des honoraires et débours payés par Alain Charron à son avocat M<sup>e</sup> Léo-René Maranda pour l'avoir représenté lors de procès tenus en Nouvelle-Écosse et à Terre-Neuve pour des accusations en matière de stupéfiants.

Afin d'accorder la protection la plus étendue possible, je tiens pour acquis que les première et dernière conditions de l'arrêt *Solosky* sont remplies. La deuxième condition est plus problématique et seul le contexte permet d'apporter une réponse complète.

Les informations étaient recherchées non en rapport avec les accusations en matière de stupéfiants qui avaient donné lieu aux honoraires et débours de l'avocat, mais parce qu'une enquête était menée en relation avec une allégation de blanchiment d'argent

of crime. The declaration made by Cpl. Normand Leblanc contains the following allegations:

[TRANSLATION]

20. The foregoing details lead me to believe and establish that Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) has for several years been active in the drug world. The lifestyle he has led for several years, and the large sums he has invested in buying the BOURBON, doing renovations and buying expensive vehicles, and his investments on the stock market, cannot be justified by legitimate sources of income. It is obvious that Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) has taken considerable precautions to conceal his assets, by using pseudonyms. At present, the only asset in his possession that is registered in his name is a vehicle leased by him, to wit: a white Cadillac Seville 94, licence number WPS630/QC. I believe that the moneys spent by Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) and referred to above are profits derived directly from his activities in connection with narcotics trafficking.
21. My preliminary analysis of the monthly expenses incurred by Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) and his common-law wife, Diane BUNDOCK, in recent years establishes an average amount of about \$5,000.00. That amount does not take into account the expenses referred to in paragraph 17 above. In addition, that amount does not take into account the legal fees incurred by Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) since his arrest on 90-07-31 including expenses for travelling to court in Sydney, Halifax and St-John's and the cost of hotels, telephone calls, meals and vehicle rentals for himself and Léo René MARANDA. I believe that the information concerning the amount of those expenses is needed in order to determine the total amount that Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) has spent since 1990. From those details, I will be able to prepare a balance sheet and net assets for Alain CHARRON (DOB: 48-06-08). I believe that the result of that work will serve as evidence in court against Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) by establishing CHARRON's inability to have been in lawful possession of the sums of money spent as described in paragraph 17 above.
22. The information cited above constitutes my reasonable and probable grounds for believing that the documents (see Appendix "A") exist and are located at the places of business of the hotels and lawyers'

et de possession de biens infractionnels. La déclaration du caporal Normand Leblanc contient les allégations suivantes :

20. Les détails précités me portent à croire et démontrent qu'Alain CHARRON (ddn : 48-06-08) est actif depuis plusieurs années dans le milieu des stupéfiants. Le train de vie qu'il mène depuis plusieurs années ainsi que les sommes importantes qu'il [a] investi[es] pour acheter le BOURBON, en réparations, en achat de véhicules dispendieux et ses investissements à la Bourse ne peuvent être justifié[s] à partir de sources de revenus légitimes. Il est évident qu'Alain CHARRON (ddn : 48-06-08) a pris beaucoup de précautions afin de dissimuler ses actifs en utilisant des prête-noms. Actuellement, le seul actif en sa possession qui est enregistré à son nom est son véhicule qu'il loue soit une Cadillac Seville 94 blanc immatriculé WPS630/Qc. Je croi[s] que les sommes d'argent dépensées par Alain CHARRON (ddn : 48-06-08) telles que mentionnées plus haut sont des profits provenant directement de ses activités reliées au trafic de stupéfiants.
21. Mon analyse préliminaire des dépenses mensuelles d'Alain CHARRON (ddn : 48-06-08) et sa concubine Diane BUNDOCK au cours des dernières années démontre un montant moyen d'environ 5,000.00\$. Ce montant ne tient pas compte des dépenses mentionnées au paragraphe 17 plus haut. De plus, ce montant ne tient pas compte des frais d'avocats d'Alain CHARRON (ddn : 48-06-08) depuis son arrestation le 90-07-31 incluant les dépenses de voyages à la cour à Sydney, Halifax et St-John's ainsi que les frais d'hôtel, les appels téléphoniques, les repas et location de véhicule pour lui-même et pour Me Léo René MARANDA. Je croi[s] que l'information relativement au montant de ces dernières dépenses est nécessaire afin de déterminer le montant total qu'Alain CHARRON (ddn : 48-06-08) a dépens[é] depuis 1990. Ces détails me permettront de préparer un bilan financier et un avoir net de Alain CHARRON (ddn : 48-06-08). Je croi[s] que le résultat de ce travail servira de preuve à la cour contre Alain CHARRON (ddn : 48-06-08) en démontrant l'incapacité pour CHARRON de posséder légalement les sommes d'argent dépensées telles que précisé[s] au paragraphe 17 plus haut.
22. Les informations citées plus haut sont mes motifs raisonnables et probables de croire que des documents (voir annexe "A") existe[nt] et se trouvent aux places d'affaires des hôtels et bureaux d'avocats

offices referred to above (ref.: paras. 13, 14 & 15). Those documents will serve as evidence to establish the total of the amounts paid by Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) to the lawyers referred to above and the amount of his personal expenses, including the expenses of Léo René MARANDA, who would have billed them to CHARRON. That information is needed in order to prepare a balance sheet and net assets for Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) in order to establish that his lifestyle and the assets he has acquired exceed his lawful means and are entirely dependent on the profits from his unlawful activities. For these same reasons, I request that a search warrant be granted for the business office of *Léo René MARANDA, advocate*, located at *31 rue St-Jacques, 1st floor, Montréal QC, H2Y 1K9, and its appurtenances*, for the purpose of seizing all documents pertaining to the amounts of the legal fees and other disbursements billed to Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) and paid by him. In addition, we are searching for documents such as the contract of sale, transfer of ownership, registration or other documents from which we can confirm the real owner of the Bentley, who, according to our information, is Alain CHARRON. That evidence is required to justify charges under sections 19.1 and 19.2 of the Narcotic Control Act against Alain CHARRON (DOB: 48-06-08) and to justify an application to the court for seizure of the assets acquired by him with the profits from his criminal activities. [Emphasis in original.]

(Sworn statement of Cpl. Normand Leblanc, September 4, 1996 (Appellant's Record, at pp. 258-59))

46

As can be seen in these allegations, the sole reason for the prosecution's interest in the fees and disbursements billed by the lawyer is that they show the lifestyle led by Alain Charron, on the same basis as does the information collected in relation to the purchase of the Bourbon Street Club, the renovations to the residences, the purchases of luxury vehicles or the investments on the stock market. Nor are they any more sought after than would be information from another professional or supplier of consumer goods. The amount of the fees and disbursements, in the context of this case, is relevant for the purpose of proving the charge of possession of the proceeds of crime or money laundering, but it

mentionnés ci-haut (Réf. : para. 13, 14 & 15). Ces documents serviront de preuve afin de démontrer le total des montants payés par Alain CHARRON (ddn : 48-06-08) aux avocats mentionnés plus haut ainsi que le montant de ses dépenses personnel[le]s incluant ceux de Me Léo René MARANDA qui auraient été facturés à CHARRON. Ces informations sont nécessaires pour la préparation d'un bilan financier et l'avoir net de Alain CHARRON (ddn : 48-06-08) afin de démontrer que son train de vie et l'acquisition de ses avoirs sont au-delà de ses moyens légaux et dépendent uniquement des profits de ses activités illégales. Pour ces mêmes motifs je demande qu'un mandat de perquisition soit accordé pour le bureau d'affaire de *Me Léo René MARANDA avocat*, situé au *31, rue St-Jacques, 1er ÉTAGE Montréal Qc, H2Y 1K9 ainsi que ses dépendances* afin d'y saisir tous les documents pertinents aux montants des frais juridiques et toutes autres dépenses facturées à Alain CHARRON (ddn: 48-06-08) et payé[e]s par ce dernier. De plus nous cherchons des documents tel[s] que contrat de vente, de transfert de propriété, d'immatriculation ou autres documents qui nous permettront de confirmer qui est le véritable propriétaire de la Bentley qui selon nos informations serait Alain CHARRON. Ces preuves sont requises pour justifier des accusations en vertu des articles 19.1 et 19.2 de la Loi sur les Stupéfiants contre Alain CHARRON (ddn: 48-06-08) ainsi que pour justifier une demande au tribunal pour la saisie de ses avoirs ayant été acquis avec les profits de ses activités criminel[le]s. [En italique dans l'original.]

(Déclaration assermentée du caporal Normand Leblanc, le 4 septembre 1996 (dossier de l'appelant, p. 258-259))

Tel qu'il ressort de ces allégations, les informations concernant les honoraires et débours facturés par l'avocat font l'objet de l'intérêt de la poursuite uniquement en ce qu'elles révèlent le train de vie d'Alain Charron, et ce, au même titre que celles recueillies en relation avec l'achat du Bourbon Street Club, les rénovations aux résidences, l'achat de véhicules de luxe ou les investissements à la Bourse. Elles ne sont pas plus recherchées que ne le seraient celles émanant d'un autre professionnel ou d'un fournisseur de biens de consommation. Le montant des honoraires et débours, dans le contexte de la présente affaire, est pertinent pour prouver l'accusation de possession de biens infractionnels

discloses nothing having to do with any advice the lawyer may have given his client.

The fact that Mr. Maranda represented Mr. Charron is public knowledge. As well, it can be inferred that Mr. Maranda was not acting as a volunteer, but that he was receiving fees for his services and that he was reimbursed for expenses he incurred in carrying out his instructions. Therefore, the only remaining issue is the amount of the fees and disbursements. I do not see how any litigant, even the ablest, could use such facially neutral information as the amount of fees and disbursements to deduce some information concerning the legal advice that a lawyer gave his client. The amount of the fees and disbursements does not provide any indication as to the nature of the legal advice given, and is not likely to draw a court into an examination of the advice given or the professional services performed by the lawyer.

When I describe the amount of the fees and disbursements in this case as neutral, I am not relying on a distinction between fact and communication, because, as pointed out by J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 734, that line can be difficult to draw. Certain facts, if disclosed, can sometimes speak volumes about a communication. In this case, however, the appellant did not argue that the information sought might jeopardize the confidentiality of the legal advice given. He relied solely on a general presumption that the information is privileged because it is part of the solicitor-client relationship.

In order to bring the amount of the fees and disbursements within the ambit of professional privilege, it seems to me that some rational connection with the objective of the privilege would have to be identified. As Binnie J. stated in *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at para. 50: "It is, of course, not everything done by a . . . lawyer that attracts solicitor-client privilege. . . . Whether or not solicitor-client privilege attaches in [a particular situation] depends on the nature of the relationship, the subject matter of the advice and the circumstances in which it is sought and rendered." In a context such

ou de blanchiment d'argent, mais il ne révèle rien des avis que l'avocat a pu donner à son client.

Le fait que M<sup>e</sup> Maranda représentait M. Charron est un fait public. De même, on peut inférer que M<sup>e</sup> Maranda n'agissait pas bénévolement, mais qu'il recevait des honoraires pour ses services et qu'il était remboursé des dépenses qu'il engageait dans le cadre de son mandat. Reste donc uniquement la quotité des honoraires et débours. Je ne vois pas comment un plaideur, même le plus habile, pourrait par le biais de l'information en apparence neutre qu'est le montant des honoraires et débours, tirer quelque information concernant l'avis juridique qu'un avocat aurait donné à son client. Le montant des honoraires et débours ne comporte aucun indice sur la nature des conseils juridiques rendus et n'est pas susceptible d'engager une cour dans un examen des conseils donnés ou des travaux professionnels exécutés par l'avocat.

En qualifiant de neutre le montant des honoraires et débours dans la présente affaire, je ne me repose pas sur la distinction entre fait et communication puisque, comme le soulignent J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 734, la ligne est souvent difficile à tracer. La divulgation de certains faits peut parfois en dire long sur une communication. En l'espèce, cependant, l'appelant n'a pas plaidé que l'information recherchée risque de mettre en péril la confidentialité des avis juridiques donnés. Il se fonde seulement sur une présomption de principe voulant que l'information soit privilégiée parce que faisant partie de la relation avocat-client.

Pour inclure le montant des honoraires et débours sous le chapeau du privilège, il me semble qu'il faut trouver un lien rationnel avec l'objectif poursuivi par le privilège. Comme le dit le juge Binnie dans *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 50 : « Le secret professionnel de l'avocat ne protège évidemment pas l'ensemble des services rendus par un avocat. [. . .] Le secret professionnel de l'avocat s'appliquera ou non à [une] situation [donnée] selon la nature de la relation, l'objet de l'avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni. » Dans un contexte comme celui de l'espèce

47

48

49

as the one in this case, in which the information discloses nothing, I see no reason to justify finding that the information is of as much importance as the legal advice itself. When a lawyer submits a bill of account, he or she does so as a supplier of a service. The lawyer's relationship with the client is one of creditor to debtor. The amount owing takes on an identity distinct from the service itself. Therefore, it is not appropriate to grant it the same sort of protection given to the legal advice.

50 LeBel J. proposes (at para. 28) that in the criminal law context, the protection conferred by the privilege might have a different scope, in particular because of the fundamental principles of the criminal law such as the right to silence and the protection against self-incrimination. I cannot accept this distinction. First, while there may be a specific justification for the privilege in criminal law, because of the principles unique to that context, privilege is not to be confused with those principles. It has its own autonomous existence, which transcends the particular field of law in which lawyers may be called upon to give advice.

51 LeBel J. also suggests (at para. 34) that if the Crown believes that the disclosure of the amount of fees does not violate the confidentiality of the relationship, then it must make that allegation in its application for authorization. It seems to me that this simplified mechanism is inconsistent with the protective approach adopted by the Court to date, which allows very little room for exceptions once the privilege is recognized. To date, recognition of the privilege has been seen as giving rise to a presumption *juris et de jure* and not a presumption *juris tantum*. This brings me to the question of what are the exceptions to professional privilege.

(b) *Exceptions to Privilege*

52 When information is recognized as privileged, there are a number of exceptions that allow for the protection to be circumvented. One well known exception is the crime exception: *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860. As noted earlier, I will not discuss this at length because I am of the opinion that the context does not lend itself to a complete analysis of that exception in this case. It

où l'information ne révèle rien, je ne vois aucun motif qui justifie de conclure que cette information revêt une importance aussi grande que l'avis juridique lui-même. Dans le contexte de la facturation, l'avocat est un fournisseur de services. La relation avec son client en est une de créancier à débiteur. Le montant dû prend une identité qui se détache du service lui-même. Il n'est donc pas approprié de lui accorder la même protection qu'à l'avis juridique.

Le juge LeBel propose, au par. 28, que dans le contexte du droit criminel, la protection du privilège pourrait avoir une portée différente en raison notamment de principes fondamentaux du droit criminel comme le droit au silence et la protection contre l'auto-incrimination. Je ne peux admettre cette distinction. D'abord, si le privilège peut avoir une justification particulière en droit criminel en raison des principes qui lui sont spécifiques, il ne doit pas être confondu avec ces principes. Il a une autonomie propre qui transcende le domaine particulier du droit dans lequel les avocats sont appelés à œuvrer.

De même, le juge LeBel suggère, au par. 34, que si le ministère public estime que la communication du montant d'honoraires ne porte pas atteinte à la confidentialité de la relation, il lui appartient de l'alléguer dans sa demande d'autorisation. Il me semble que ce mécanisme allégué est peu compatible avec l'approche protectrice adoptée par la Cour jusqu'à maintenant qui, une fois le privilège reconnu, laisse très peu de place aux exceptions. À ce jour, la reconnaissance du privilège a été vue comme engendrant une présomption *juris et de jure* et non une présomption *juris tantum*. Ceci m'amène à discuter des exceptions au privilège avocat-client.

b) *Exceptions au privilège*

Lorsqu'une information est reconnue comme privilégiée, quelques exceptions permettent de passer outre à la protection. Une exception bien connue est celle du crime : *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860. Tel que mentionné plus haut, je ne m'y attarderai pas parce que je suis aussi d'avis que le contexte ne se prête pas à une analyse complète de cette exception dans le présent dossier. L'arrêt

was also recognized in *Solosky* that pressing social needs such as safety and the public interest may justify exceptions to the privilege. As well, *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, offers another example of an exception: when an accused's innocence depends on privileged information being admitted in evidence, the court will be justified in authorizing disclosure. In any case, finding these exceptions is not a task to be undertaken lightly: *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32.

Therefore, it seems to me that, in order to be true to the importance of solicitor-client privilege, a court should be very wary of diluting the protection of privilege by lowering the threshold for creating exceptions or developing new mechanisms to justify disclosure. The disclosure of the amount of fees and disbursements in this case certainly does not merit such an exceptional departure; indeed, it does not merit the protection of privilege at all.

#### (c) *Judicial Policy Considerations*

I can imagine that a client might regard the amount of his or her legal fees as private information. However, that possibility does not seem to me to justify the exceptional protection associated with privilege. For instance, the examples given by the trial judge are all situations in which there was a fear of being charged with possession of the proceeds of crime. I disagree with his assertion that disclosure of the fees would interfere with the proper functioning of the judicial system. The examples given overemphasize the confidentiality intended by the parties, the third criterion in the test proposed by Dickson J. in *Solosky*. Making that criterion the determining factor would amount to protecting all information that a client wishes to be confidential, without regard to any connection between the information and the substance of legal advice, the second criterion, which is the only outstanding issue here. The fees billed by a physician, notary or accountant may strike just as sensitive a chord as the fees billed by a lawyer. Lawyers, themselves, do not exist in a separate category. In *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, the Court held that a communication made to a member of the clergy is not necessarily

*Solosky* a aussi reconnu que des besoins sociaux pressants comme la sécurité et l'intérêt public peuvent justifier de déroger au privilège. De même, l'arrêt *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, offre un autre exemple d'exception. Lorsque l'innocence d'un accusé dépend de la preuve d'une information privilégiée, le tribunal sera justifié d'en autoriser la divulgation. Quoi qu'il en soit, il ne faut pas conclure à la légère à de nouvelles exceptions : *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32.

Il me semble donc que le tribunal devrait, en accord avec l'importance du privilège avocat-client, se garder d'affaiblir la protection qu'il accorde en élargissant les cas donnant lieu à la création d'exceptions ou à l'élaboration de nouveaux mécanismes justifiant la divulgation. En l'espèce, la divulgation des honoraires et débours ne mérite assurément pas une dérogation aussi exceptionnelle; en fait, elle ne mérite tout simplement pas la protection de ce privilège.

#### c) *Considérations de politique judiciaire*

Je peux imaginer qu'un client puisse considérer que le montant des honoraires est une information privée. Cette possibilité ne me paraît cependant pas justifier la protection exceptionnelle attachée au privilège. Ainsi, les exemples donnés par le juge de première instance sont tous des cas de crainte d'accusation de possession de biens infractionnels. Je suis en désaccord avec sa proposition que la divulgation des honoraires porterait atteinte au bon fonctionnement du système judiciaire. Les exemples donnés accordent trop d'importance à la confidentialité voulue par les parties, troisième condition du test suggéré par le juge Dickson dans *Solosky*. Lui reconnaître un caractère déterminant équivaldrait à protéger toutes les informations qu'un client veut confidentielles sans égard à leur lien avec le contenu d'un avis juridique, deuxième condition, qui, seule est ici en cause. Les honoraires d'un médecin, d'un notaire, d'un comptable peuvent toucher une corde aussi sensible que ceux d'un avocat. Ces derniers, en eux-mêmes, ne constituent pas une catégorie à part. Dans *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, la Cour a reconnu que la communication faite à un religieux n'est pas nécessairement confidentielle. De la même

53

54

confidential. Similarly, the amount of fees paid to a lawyer is not necessarily privileged. When severed from the details of the services rendered, it is not inextricably bound up with the legal system.

55

In this respect, lawyers cannot expect to be exempt from the trend toward greater transparency in relation to the accounts of professionals and corporate managers. The legal profession has everything to gain from greater transparency, not the least of which would be to enhance public confidence in the justice system and its leading actors. Therefore, it is in the interests of the administration of justice and of society in general for there to be greater transparency in respect of the amount of the fees that lawyers charge their clients. It is worth noting that in Quebec, the *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, contains provisions regarding how fees are to be established:

**3.08.01.** The advocate must charge and accept fair and reasonable fees.

**3.08.02.** The fees are fair and reasonable if they are warranted by the circumstances and correspond to the services rendered. In determining his fees, the advocate must in particular take the following factors into account:

- (a) his experience;
- (b) the time devoted to the matter;
- (c) the difficulty of the question involved;
- (d) the importance of the matter;
- (e) the responsibility assumed;
- (f) the performance of unusual services or services requiring exceptional competence or celerity;
- (g) the result obtained;
- (h) the judicial and extrajudicial fees fixed in the tariffs.

56

In a society that is mindful of transparency, a lawyer's fees should not necessarily be treated as secret information. The manner in which fees are established is regulated and they may be challenged. The gross amount billed on account of fees is not information that is likely, in normal circumstances, to disclose anything about the legal advice given to a client by a lawyer. In some cases, the amount

façon, le montant des honoraires payés à un avocat n'est pas nécessairement privilégié. Détachés du détail des services rendus, les honoraires ne sont pas inextricablement liés au système juridique.

À ce propos, la tendance vers une plus grande transparence en ce qui a trait aux honoraires des professionnels et aux revenus des dirigeants d'entreprises ne peut que rejoindre les avocats. La profession juridique a tout à gagner d'une plus grande transparence, dont l'avantage non négligeable d'augmenter la confiance du public dans le système de justice et ses principaux acteurs. Il est donc dans l'intérêt de l'administration de la justice et de la société en général que l'on retrouve une grande transparence dans le montant des honoraires que les avocats demandent à leurs clients. Il est révélateur que le *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, contient certaines dispositions sur la fixation des honoraires :

**3.08.01.** L'avocat doit demander et accepter des honoraires justes et raisonnables.

**3.08.02.** Les honoraires sont justes et raisonnables s'ils sont justifiés par les circonstances et proportionnés aux services rendus. L'avocat doit notamment tenir compte des facteurs suivants pour la fixation de ses honoraires :

- a) son expérience;
- b) le temps consacré à l'affaire;
- c) la difficulté du problème soumis;
- d) l'importance de l'affaire;
- e) la responsabilité assumée;
- f) la prestation de services inhabituels ou exigeant une compétence ou une célérité exceptionnelles;
- g) le résultat obtenu;
- h) les honoraires judiciaires et extrajudiciaires prévus aux tarifs.

Dans une société soucieuse de transparence, les honoraires d'un avocat ne devraient pas nécessairement être traités comme une information secrète. La façon de les établir est réglementée et peut faire l'objet d'une contestation. Le montant brut facturé à titre d'honoraires ne constitue pas une information susceptible, dans des circonstances normales, de renseigner sur les avis juridiques qu'un avocat

that a lawyer must reasonably receive is considered a matter of public interest: *Québec (Procureur général) v. R.C.*, [2003] R.J.Q. 2027 (C.A.). I therefore believe that in order to ensure that solicitor-client privilege continues to serve its purpose, the amount of the fees billed should not be protected unless, due to context, it is found to fall within the ambit of professional privilege as defined in *Solosky*.

I must also, again, emphasize my disagreement with the distinction based on the fact that this case involves the criminal law. Making that kind of distinction is dangerous because its effect could be to create a double standard. That double standard is not likely to promote public respect for the criminal justice system. Solicitor-client privilege has been recognized by this Court as a principle of fundamental justice, which applies equally to both civil law and criminal law.

Each time the Court has had to decide whether information was protected by privilege, it has looked to the context to see it in relation to the purpose of the privilege. Even in *Mierzwinski*, in which the Court recognized that financial information supplied for the purpose of obtaining legal advice is privileged, the reasons stated show that protection was granted because of the connection with the legal advice sought. The approach adopted by LeBel J. seems to me to be based on a theoretical presumption that is detached from any contextual foundation.

## II. Unreasonableness of the Search

In light of recent decisions of the Court, primarily *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, I would conclude, like LeBel J., that the issuing judge should have attached conditions to the warrant to ensure that the intrusion inherent in the search was minimized. The facts do not indicate that there was any particular urgency, and there was no allegation made from which it might be believed that the lawyer had participated in the crime. It would have been easy to notify him. His participation would have made it possible to conduct the search with due

donne à un client. Dans certains dossiers, le montant qu'un avocat doit raisonnablement recevoir est considéré comme une affaire publique (*Québec (Procureur général) c. R.C.*, [2003] R.J.Q. 2027 (C.A.)). J'estime donc que pour conserver au privilège avocat-client sa finalité, le montant des honoraires ne doit être protégé que si, en raison du contexte, le tribunal conclut qu'il se situe dans la sphère du privilège tel que défini dans l'arrêt *Solosky*.

Il me faut d'ailleurs de nouveau souligner mon désaccord avec la distinction reposant sur la nature criminelle du débat. Il est dangereux de faire une telle distinction puisque cela aura pour effet de créer un double standard. Ce double standard n'est pas de nature à favoriser le respect du public dans la justice pénale. Le privilège de l'avocat a été reconnu par notre Cour comme un principe de justice fondamentale. Il vaut tant pour le droit civil que pour le droit criminel.

Chaque fois que la Cour a eu à décider si une information était protégée par le privilège, elle s'est attachée au contexte pour la mettre en perspective avec l'objectif du privilège. Même dans *Mierzwinski*, où la Cour a reconnu que les informations de nature financière fournies pour obtenir des conseils juridiques sont privilégiées, les motifs retenus font voir que la protection a été reconnue en raison du lien avec l'avis juridique recherché. L'approche adoptée par le juge LeBel me semble relever d'une présomption théorique détachée de tout fondement contextuel.

## II. Caractère abusif de la perquisition

En raison des récents arrêts de la Cour, et principalement de *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, comme le juge LeBel, je conclurais, que le juge qui a décerné le mandat aurait dû en assortir l'exécution de conditions permettant de minimiser l'intrusion inhérente à la perquisition. Les faits ne révélaient pas une urgence particulière et aucune allégation ne permettait de croire que l'avocat aurait participé au crime. Il aurait été facile de le prévenir. Sa participation aurait permis de procéder à la perquisition avec les égards dus aux lieux visés.

57

58

59



regard for the premises concerned. The information sought was narrowly focussed and the lawyer was in the best position to direct the search efforts of the officers responsible for executing the warrant.

60

Since an issuing judge has no control over how the search is conducted, the Court cannot reproach the judge here for failing to anticipate that the search would take more than 13 hours. Nor would I rely, as the sole ground for issuing a writ of *certiorari*, on the argument that 50 percent of the documents could have been obtained by other means. On that point, it must be noted that the documents that could have been located elsewhere are vouchers such as hotel or restaurant bills, while the most important information was undoubtedly the amount of the fees and the total amount of the disbursements, information that could not have been located elsewhere than in the lawyer's office. Lastly, like Proulx J.A., I would find that the issuing judge had sufficient discretion to be able to authorize the search.

61

To summarize, while I conclude that the appeal must be allowed, the reason is that I am also of the opinion that the issuing judge should not have issued the search warrant without imposing conditions to ensure that the intrusion inherent in the search was minimized.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Shadley Battista, Montréal.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Grondin Poudrier Bernier, Québec.*

*Solicitors for the intervener Barreau du Québec: Filteau & Belleau, Montréal.*

L'information recherchée était ciblée et l'avocat était placé dans la meilleure position pour orienter les recherches des officiers chargés de l'exécution du mandat.

Comme le juge qui autorise une perquisition n'est pas maître de la façon dont elle est effectuée, la Cour ne peut reprocher au juge en l'espèce de ne pas avoir prévu que la perquisition durerait plus de 13 heures. Je ne retiendrais pas non plus, comme seul motif de délivrance d'un *certiorari*, l'argument suivant lequel 50 pour 100 des documents pouvaient être obtenus par d'autres moyens. Il faut ici noter que les documents qui pouvaient être retracés ailleurs sont des pièces justificatives, telles des factures d'hôtel ou de restaurant, alors que l'information principale était sans aucun doute le montant des honoraires et le montant total des débours, information qui ne pouvait être retracée ailleurs que dans le bureau de l'avocat. Enfin, comme le juge Proulx de la Cour d'appel, je concluais que le juge qui a décerné le mandat était investi d'une discrétion suffisante lui permettant d'autoriser la perquisition.

En somme, si je conclus que l'appel doit être accueilli, c'est que je suis aussi d'avis que le juge qui a décerné le mandat de perquisition n'aurait pas dû le faire sans prévoir de conditions permettant de minimiser l'intrusion inhérente à la perquisition.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : Shadley Battista, Montréal.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Grondin Poudrier Bernier, Québec.*

*Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : Filteau & Belleau, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Hébert, Bourque & Downs, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Hébert, Bourque & Downs, Montréal.*

**Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse** *Appellant*

v.

**Maksteel Québec Inc., a corporation administered by Ernst & Young Inc., Interim Receiver appointed by the Court, and Michael Gareau** *Respondents*

**INDEXED AS: QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. MAKSTEEL QUÉBEC INC.**

**Neutral citation: 2003 SCC 68.**

File No.: 28402.

2003: January 20; 2003: November 14.

Present: Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC**

*Human rights — Equality rights — Discrimination based on criminal record — Dismissal — Employee dismissed while incarcerated for having committed a penal or criminal offence unrelated to his employment — Extent to which s. 18.2 of Charter of Human Rights and Freedoms protects employment of incarcerated person — Whether employer has a duty of reasonable accommodation — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 18.2.*

In 1989, R pleaded guilty to charges of fraud and breach of trust. His sentencing was postponed. On June 26, 1991, while he was working as a maintenance mechanic, R was sentenced to a term of imprisonment of six months less a day. The beginning of the sentence coincided with the beginning of his vacation, which was to end on July 10. On July 15, his employer dismissed him because he did not appear at work on July 11. On July 22, the employer hired a new mechanic. On July 26, R was released on parole. After trying to resume his position, without success, he filed a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, alleging that he had been dismissed owing to the mere fact of having been convicted of an offence, contrary to s. 18.2 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Quebec Human Rights Tribunal ruled in

**Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse** *Appelante*

c.

**Maksteel Québec inc., société administrée par Ernst & Young inc., séquestre intérimaire nommé par le tribunal, et Michael Gareau** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c. MAKSTEEL QUÉBEC INC.**

**Référence neutre : 2003 CSC 68.**

N<sup>o</sup> du greffe : 28402.

2003 : 20 janvier; 2003 : 14 novembre.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droits de la personne — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur les antécédents judiciaires — Congédiement — Employé congédié alors qu'il était incarcéré pour avoir commis une infraction pénale ou criminelle sans lien avec l'emploi — Dans quelle mesure l'art. 18.2 de la Charte des droits et libertés de la personne protège l'emploi d'une personne incarcérée? — L'employeur a-t-il un devoir d'accommodement raisonnable? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 18.2.*

En 1989, R plaide coupable à des accusations de fraude et d'abus de confiance. Sa sentence est remise. Le 26 juin 1991, alors qu'il travaille comme mécanicien d'entretien, R est condamné à une peine d'incarcération de six mois moins un jour. Le début de la peine coïncide avec celui de ses vacances qui doivent se terminer le 10 juillet. Le 15 juillet, son employeur le congédie en raison de son absence du travail le 11 juillet. Le 22 juillet, l'employeur engage un nouveau mécanicien. Le 26 juillet, R est remis en liberté conditionnelle. Après avoir tenté, en vain, de réintégrer son poste, il dépose une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, alléguant avoir été congédié du seul fait de sa déclaration de culpabilité, en contravention de l'art. 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Le Tribunal des droits de la

favour of the complaint. The Court of Appeal reversed that decision.

*Held:* The appeal should be dismissed. Section 18.2 of the *Charter* does not protect an employee from dismissal where the real reason is the fact that the employee is not available for work because he or she happens to be incarcerated.

*Per* Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.: There is a significant difference between the scope of s. 18.2 and the scope of s. 10 of the *Charter*. Protection against discrimination based on criminal record applies only in respect of employment and covers only those cases in which the criminal record is the only basis for the decision or the action taken. Section 18.2 contains its own rules governing justification, and accordingly does not require resort to s. 20 of the *Charter*. If the person has obtained a pardon for the offence committed, whether or not the offence was connected with the employment, the protection is absolute. Moreover, if there is no connection between the criminal record and the employment, the protection is also complete. The finding that there has been an infringement of the right to equality results directly from the differential treatment. The employee's abilities or potential contribution to the business are not relevant. In the context of an independent justification mechanism being provided in s. 18.2, the "reasonable accommodation" standard established in *Meiorin* in relation to *bona fide* occupational requirements plays no role.

Section 18.2 protects the employee from the unjustified social stigma that arises out of a prior conviction. An employee is unfairly stigmatized if the offence committed is not objectively connected with the employment or if the employee has obtained a pardon for it, regardless of the seriousness of the crime committed. In cases in which the action taken by the employer is owed to the mere fact that the individual has a criminal record, the law is broken if the differential treatment results from a perception that the employee is less capable of performing the work, and less worthy of recognition as a human being, because of his or her criminal record. A distinction must be made between the civil consequences of a sentence lawfully imposed on an offender and the unjustified stigmatization he or she may suffer because of a past conviction. Unjustified stigma is the product of prejudice or stereotyping. On the other hand, the sentence is imposed on the employee who committed an act prohibited by the law. Consequently, there is no violation of s. 18.2 where the differential treatment genuinely results from the civil consequences of the sentence itself. Such is the case where an incarcerated employee is truly dismissed because he or she is not available for work. An employee

personne du Québec fait droit à la plainte. La Cour d'appel infirme le jugement.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté. L'article 18.2 de la *Charte* ne protège pas contre le congédiement dont le motif réel est l'indisponibilité d'un employé en raison de son incarcération.

*Les juges* Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps : Il existe une différence importante entre la portée de l'art. 18.2 et celle de l'art. 10 de la *Charte*. La protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires ne s'applique que dans le domaine de l'emploi et ne vise que les cas où les antécédents judiciaires constituent le seul motif justifiant la décision ou la mesure imposée. L'article 18.2 contient son propre régime de justification et partant, échappe à l'application de l'art. 20 de la *Charte*. Si la personne a obtenu un pardon pour l'infraction commise, qu'il y ait ou non un lien entre celle-ci et l'emploi, la protection est absolue. De plus, s'il n'y a pas de lien entre l'antécédent judiciaire et l'emploi, la protection est également complète. La conclusion à l'existence d'une atteinte au droit à l'égalité découle directement du traitement distinct. Les aptitudes de l'employé ou son apport potentiel à l'entreprise ne sont pas pertinents. Dans le contexte du mécanisme de justification autonome prévu à l'art. 18.2, le volet accomodement raisonnable élaboré dans l'arrêt *Meiorin* relativement à l'exigence professionnelle justifiée n'a pas sa place.

L'article 18.2 protège l'employé contre les stigmates sociaux injustifiés découlant d'une condamnation antérieure. Les stigmates marquent injustement l'employé si l'infraction commise n'est pas objectivement liée à l'emploi ou si l'employé en a obtenu le pardon, peu importe la gravité du crime commis. Dans les cas où la mesure prise par l'employeur est liée au seul fait que la personne a des antécédents judiciaires, le droit est enfreint si la différence de traitement découle d'une perception que l'employé est moins apte à effectuer le travail et moins digne d'être reconnu en tant qu'être humain en raison de son antécédent judiciaire. Il y a lieu de faire une distinction entre les conséquences civiles d'une peine légitimement imposée au délinquant et les stigmates injustifiés qui peuvent le marquer en raison d'une condamnation antérieure. Les stigmates injustifiés sont le fruit de préjugés ou de stéréotypes. En revanche, la peine est imposée à l'employé qui a commis un acte prohibé par la loi. Par conséquent, il n'y a pas de violation de l'art. 18.2 lorsque la différence de traitement découle réellement des conséquences civiles de la peine elle-même. C'est le cas de l'employé incarcéré qui a véritablement été congédié pour cause d'indisponibilité. L'employé incapable de

who cannot work because he or she is incarcerated has not been unfairly stigmatized if dismissed. The fact that an incarcerated employee is unavailable is not a consequence of the fact that he or she has a criminal record, but is a civil consequence of the sentence that was lawfully imposed. Moreover, there is no inseverable connection between the conviction and the incarceration, since not all convictions lead to incarceration.

In discrimination cases, the onus is on the complainant to establish *prima facie* proof that a protected right has been infringed. In the case of s. 18.2, the complainant must establish that he or she has a criminal record and has suffered a reprisal in an employment context, and that the criminal record was the real reason for, or actual cause of, the action taken by the employer. The complainant must also prove that a pardon had been obtained, where applicable. If the employee were required to prove that the conviction was the sole cause that might have motivated the dismissal there would be a risk of eroding the right guaranteed by s. 18.2. For example, in the case of an employee who is incarcerated for a short period of time, the employer could easily conceal its design by claiming to base its action on the fact that the employee was not available. The complainant need therefore only establish that the ground of discrimination alleged was the actual cause of the dismissal. In cases where the sentence of imprisonment affects the employee's availability, the court will have to be satisfied, on a preponderance of evidence, that the actual cause was the conviction, and that the fact that the employee was not available was not cited as a mere pretext. The employer has the burden of establishing an objective connection between the offence committed and the position held or applied for.

In this case, there are two reasons that could have been the cause of the dismissal: the fact that R had a criminal conviction or the fact that he was not available because he was incarcerated. The Court of Appeal concluded that it could not be deduced from the fact that the employer knew that R was incarcerated that he had been dismissed merely because he had been convicted. The Court of Appeal did not commit any error such as would warrant intervention by this Court.

*Per Bastarache J.:* While the rights conferred by the *Charter* must be interpreted broadly and liberally, the courts must nonetheless respect their actual purpose. There is no violation of s. 18.2 unless a conviction that was in no way connected with the employment (or for which the person has been pardoned) is the actual cause of the penalty imposed on the employee. A distinction has to be made between the immediate and proper consequences of a penal or criminal offence, that is, the sentence imposed, and the unfair measures

faire son travail parce qu'il est incarcéré n'est pas injustement stigmatisé s'il est congédié. L'indisponibilité n'est pas fondée sur l'existence d'antécédents judiciaires, mais est une conséquence civile de la peine légitimement imposée. De plus, il n'y a pas de lien indissociable entre la déclaration de culpabilité et l'incarcération car toute condamnation ne mène pas à une incarcération.

En matière de discrimination, il appartient au demandeur d'établir une preuve *prima facie* de l'atteinte à un droit protégé. Dans le contexte de l'art. 18.2, le demandeur doit établir qu'il a des antécédents judiciaires, qu'il a subi des représailles dans le cadre d'un emploi et que ces antécédents judiciaires ont été le motif réel ou la cause véritable de la mesure prise par l'employeur. À cela s'ajoute la preuve qu'un pardon a été obtenu, le cas échéant. Exiger de l'employé qu'il prouve que sa condamnation constitue l'unique cause pouvant être à l'origine du congédiement risquerait d'éroder le droit garanti à l'art. 18.2. Par exemple, dans le cas de l'employé incarcéré pour une courte durée, l'employeur pourrait facilement masquer son dessein en invoquant l'indisponibilité de l'employé. Il suffit donc que le demandeur établisse que le motif de discrimination invoqué est la cause véritable du congédiement. Dans le cas où la peine d'emprisonnement affecte la disponibilité de l'employé, le tribunal devra être convaincu, par prépondérance de la preuve, que la cause véritable est la déclaration de culpabilité, que l'indisponibilité invoquée n'est pas seulement un prétexte. L'employeur a le fardeau d'établir l'existence d'un lien objectif entre l'infraction commise et le poste occupé ou convoité.

Dans la présente affaire, deux motifs étaient susceptibles d'être à l'origine du congédiement : l'existence des antécédents judiciaires ou l'indisponibilité en raison de l'incarcération. La Cour d'appel a conclu qu'il n'était pas possible de déduire du fait que l'employeur savait que R était incarcéré que celui-ci avait été congédié du seul fait de sa déclaration de culpabilité. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur justifiant l'intervention de cette Cour.

*Le juge Bastarache :* Bien que les droits conférés par la *Charte* doivent être interprétés de façon large et libérale, les tribunaux doivent néanmoins respecter leur objet véritable. L'article 18.2 n'est enfreint que dans le cas où une condamnation n'ayant aucun lien avec l'emploi (ou qui a fait l'objet d'un pardon) constitue la cause effective de la sanction prise à l'égard du travailleur. Il faut distinguer entre la conséquence immédiate et légitime d'une infraction pénale ou criminelle, soit la peine imposée, et les mesures injustes qui pourraient être prises contre

that might be taken against a person later because of a prior conviction that was not connected with his or her present employment or employment for which he or she is applying, or because of a prior conviction for which the person has obtained a pardon. The loss of employment as a result of being imprisoned falls into the first category. Inability to work is a direct consequence of the sentence. The status of former offender, which is the only matter addressed by s. 18.2, does not necessarily result in being unavailable for work. The purpose of the Act is not to eliminate completely the civil consequences of the sentence. Section 18.2 is therefore of no assistance to an incarcerated employee where the actual cause of the dismissal is the fact that he is not available for work.

The acts enumerated in s. 18.2 do not constitute “discrimination” within the definition in s. 10. Where the actual cause of an employee’s dismissal is the conviction for a penal or criminal offence that is in no way connected with his or her employment, s. 18.2 protects the employment and nothing more. In the context of s. 18.2, no duty of accommodation arises.

#### Cases Cited

By Deschamps J.

**Approved:** *British Columbia (Human Rights Commission) v. British Columbia (Human Rights Tribunal)* (2000), 193 D.L.R. (4th) 488, 2000 BCCA 584; **referred to:** *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *Commission des droits de la personne du Québec v. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866; *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Ville de)* (1983), 4 C.H.R.R. D/1444; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35; *Commission des écoles catholiques de Québec v. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *B v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2002] 3 S.C.R. 403, 2002 SCC 66; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *St-Hubert (Ville de) et Syndicat des cols bleus de la Ville de St-Hubert (C.S.D.)*, [1998] R.J.D.T. 525; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254.

une personne plus tard en raison d’une condamnation antérieure qui serait sans lien avec son emploi actuel ou celui qu’elle postule, ou pour laquelle elle aurait obtenu un pardon. La perte d’un emploi à la suite d’un emprisonnement relève de la première catégorie. L’incapacité de fournir la prestation de travail est une conséquence directe de la peine. Le statut d’ex-délinquant, seul visé par l’art. 18.2, n’entraîne pas nécessairement l’indisponibilité au travail. La loi n’a pas pour objet d’éliminer complètement les conséquences civiles de la peine. L’article 18.2 n’est donc d’aucun secours à un employé incarcéré dont la cause effective du congédiement est l’indisponibilité au travail.

Les actes énumérés à l’art. 18.2 ne constituent pas une « discrimination » au sens de la définition de l’art. 10. Lorsque la cause effective du congédiement d’un employé est la déclaration de culpabilité d’une infraction pénale ou criminelle n’ayant aucun lien avec l’emploi, l’art. 18.2 protège son emploi, sans plus. Il n’est pas question d’un quelconque devoir d’accommodement.

#### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt approuvé :** *British Columbia (Human Rights Commission) c. British Columbia (Human Rights Tribunal)* (2000), 193 D.L.R. (4th) 488, 2000 BCCA 584; **arrêts mentionnés :** *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Commission des droits de la personne du Québec c. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866; *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de)* (1983), 4 C.H.R.R. D/1444; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35; *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2002] 3 R.C.S. 403, 2002 CSC 66; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *St-Hubert (Ville de) et Syndicat des cols bleus de la Ville de St-Hubert (C.S.D.)*, [1998] R.J.D.T. 525; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.

By Bastarache J.

**Referred to:** *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35; *Commission des droits de la personne du Québec v. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292; *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Ville de)* (1983), 4 C.H.R.R. D/1444; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Boucherville (Ville de) v. Bastien*, J.E. 93-1389; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 301W v. Brasserie Molson O'Keefe Ltée*, [1995] R.D.J. 329; *Syndicat démocratique des salariés de Sommex v. Larocque*, J.E. 96-2311; *Syndicat du textile de Montmagny inc. v. Cie des fils spécialisés Cavalier inc.*, [1999] Q.J. No. 1785 (QL); *McLaughlan v. Fletcher Challenge Canada Ltd.* (2000), 81 B.C.L.R. (3d) 195, 2000 BCCA 584, aff'g sub nom. *British Columbia (Human Rights Commission) v. British Columbia (Human Rights Tribunal)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 546; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61.  
*Act to amend various legislative provisions respecting the implementation of the Code of Penal Procedure*, S.Q. 1990, c. 4, s. 133.  
*Basic Principles for the Treatment of Prisoners*, G.A. Res. 45/111, U.N. Doc. ST/HR/1/Rev. 5 (1994), p. 263.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 2, 15(a).  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 10 [am. 1982, c. 61, s. 3], 10.1-18.1, 18.2 [am. 1990, c. 4, s. 133], 19, 20, 20.1.  
*Convention (No. 111) concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation*, 362 U.N.T.S. 31.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 426.  
*Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47.  
*Fair Practices Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, ss. 2(3), 3(1).  
*Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18 (not in force).  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 13(1), (4).

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts mentionnés :** *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35; *Commission des droits de la personne du Québec c. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292; *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de)* (1983), 4 C.H.R.R. D/1444; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Boucherville (Ville de) c. Bastien*, J.E. 93-1389; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 301W c. Brasserie Molson O'Keefe Ltée*, [1995] R.D.J. 329; *Syndicat démocratique des salariés de Sommex c. Larocque*, J.E. 96-2311; *Syndicat du textile de Montmagny inc. c. Cie des fils spécialisés Cavalier inc.*, [1999] J.Q. n° 1785 (QL); *McLaughlan c. Fletcher Challenge Canada Ltd.* (2000), 81 B.C.L.R. (3d) 195, 2000 BCCA 584, conf. sub nom. *British Columbia (Human Rights Commission) c. British Columbia (Human Rights Tribunal)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 546; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 10 [mod. 1982, ch. 61, art. 3], 10.1-18.1, 18.2 [mod. 1990, ch. 4, art. 133], 19, 20, 20.1.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 426.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5, 10(1), 24(1)b).  
*Convention (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, 362 R.T.N.U. 31.  
*Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948).  
*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, A.G. Rés. 663 C (XXIV) et 2076 (LXII), Doc. NU ST/HR/1/Rev. 5 (1994), p. 245.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 13(1), (4).  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 2, 15a).  
*Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant l'application du Code de procédure pénale*, L.Q. 1990, ch. 4, art. 133.  
*Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, ch. 61.

*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 5, 10(1), 24(1)(b).  
*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3.  
*Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, G.A. Res. 663 C (XXIV) and 2076 (LXII), U.N. Doc. ST/HR/1/Rev. 5 (1994), p. 243.  
*Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948).

#### Authors Cited

Brunelle, Christian. "La Charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif" (1995), 29 *R.J.T.* 313.  
 Caron, Madeleine. "Le droit à l'égalité dans la 'nouvelle' Charte québécoise telle que modifiée par le projet de loi 86", dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *L'interaction des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne*, cours 83. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1983-84, 115.  
 Dowd, Marc-André, et Julie Lefebvre. "La protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*: 'il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée'", dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 153. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001, 1.  
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des Débats*, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., Commission permanente de la justice, Étude du projet de loi n<sup>o</sup> 86, Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, 17 décembre 1982, n<sup>o</sup> 232, p. B-11766.  
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des Débats*, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., vol. 26, n<sup>o</sup> 105, 18 décembre 1982, p. 7505.  
 Singleton, T. J. "La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 456.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.J.Q. 28, [2000] Q.J. No. 5371 (QL), reversing a judgment of the Quebec Human Rights Tribunal, [1997] R.J.Q. 2891, 33 C.H.R.R. D/414, [1997] J.T.D.P.Q. No. 31 (QL). Appeal dismissed.

*Loi prohibant la discrimination*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, art. 2(3), 3(1).  
*Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, ch. C-47.  
*Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, ch. 18 (non en vigueur).  
*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3.  
*Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus*, A.G. Rés. 45/111, Doc. NU ST/HR/1/Rev. 5 (1994), p. 265.

#### Doctrine citée

Brunelle, Christian. « La Charte québécoise et les sanctions de l'employeur contre les auteurs d'actes criminels œuvrant en milieu éducatif » (1995), 29 *R.J.T.* 313.  
 Caron, Madeleine. « Le droit à l'égalité dans la "nouvelle" Charte québécoise telle que modifiée par le projet de loi 86 », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *L'interaction des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne*, cours 83. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1983-84, 115.  
 Dowd, Marc-André, et Julie Lefebvre. « La protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* : "il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée" », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 153. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001, 1.  
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., Commission permanente de la justice, Étude du projet de loi n<sup>o</sup> 86, Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, 17 décembre 1982, n<sup>o</sup> 232, p. B-11766.  
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., vol. 26, n<sup>o</sup> 105, 18 décembre 1982, p. 7505.  
 Singleton, T. J. « La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens » (1993), 72 *R. du B. can.* 456.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.  
 POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 28, [2000] J.Q. n<sup>o</sup> 5371 (QL), qui a infirmé un jugement du Tribunal des droits de la personne du Québec, [1997] R.J.Q. 2891, 33 C.H.R.R. D/414, [1997] J.T.D.P.Q. n<sup>o</sup> 31 (QL). Pourvoi rejeté.



*Christian Baillargeon*, for the appellant.

*Alexander Daoussis*, for the respondent Michael Gareau.

No one appeared for the respondent Maksteel Québec Inc.

English version of the judgment of Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. delivered by

<sup>1</sup> DESCHAMPS J. — Do the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (“*Quebec Charter*”) and, more specifically, s. 18.2 thereof protect the employment of a person who has been incarcerated?

<sup>2</sup> In September 1985, Yvon Roy committed offences involving fraud and breach of trust (s. 426 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). In 1989, he pleaded guilty to those charges. His sentencing was postponed. On March 6, 1989, Mr. Roy was hired as a maintenance mechanic by Maksteel Québec Inc. (“Maksteel”), a steel distribution company. On June 26, 1991, he was sentenced to serve a term of imprisonment of six months less a day for the offences committed in 1985. He was incarcerated immediately. The beginning of the sentence coincided with the beginning of his vacation, which was to end on July 10, 1991. By letter dated July 15, 1991, Maksteel dismissed Mr. Roy because he did not appear at work on July 11, 1991. On July 22, 1991, Maksteel Québec Inc. hired a new mechanic to replace Mr. Roy. On July 26, 1991, Mr. Roy was released on parole.

<sup>3</sup> On July 29, 1991, Mr. Roy tried to resume his position, without success. On August 12, 1991, he filed a complaint with the appellant, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (“Commission”), alleging that he had been dismissed owing to the mere fact of having been convicted of an offence, contrary to s. 18.2 of the *Quebec Charter*. That section reads as follows:

**18.2.** No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere

*Christian Baillargeon*, pour l’appelante.

*Alexander Daoussis*, pour l’intimé Michael Gareau.

Personne n’a comparu pour l’intimée Maksteel Québec inc.

Le jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — La *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), et plus particulièrement l’art. 18.2 protègent-ils l’emploi d’une personne incarcérée?

En septembre 1985, M. Yvon Roy commet des délits de fraude et d’abus de confiance (art. 426 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). En 1989, il plaide coupable à ces infractions. Sa sentence est remise. Le 6 mars 1989, M. Roy est embauché à titre de mécanicien d’entretien par Maksteel Québec inc. (« Maksteel »), une entreprise de distribution d’acier. Le 26 juin 1991, il est condamné à purger une peine d’emprisonnement de six mois moins un jour pour les infractions commises en 1985. Il est incarcéré sur-le-champ. Le début de la peine coïncide avec celui de ses vacances qui doivent se terminer le 10 juillet 1991. Par lettre datée du 15 juillet 1991, Maksteel congédie M. Roy en raison de son absence du travail le 11 juillet 1991. Le 22 juillet 1991, Maksteel Québec Inc. engage un nouveau mécanicien en remplacement de M. Roy. Le 26 juillet 1991, M. Roy est mis en liberté conditionnelle.

Le 29 juillet 1991, M. Roy tente en vain de réintégrer son poste. Le 12 août 1991, il dépose une plainte auprès de l’appelante, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission »), alléguant avoir été congédié du seul fait de sa déclaration de culpabilité, en contravention de l’art. 18.2 de la *Charte québécoise*. Cet article se lit ainsi :

**18.2.** Nul ne peut congédier, refuser d’embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une

fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence.

The Commission investigated and proposed that the employer take remedial measures. No agreement was reached. The Commission applied to the Human Rights Tribunal (“Tribunal”) for redress against Maksteel and its Vice-President of Finance, Michael Gareau.

The Tribunal was of the opinion that s. 18.2 of the *Quebec Charter* is an expression of recognition for the rights of individuals with a criminal record to work, to be protected from discrimination in employment and to be reintegrated into society. It observed that every provision of the *Quebec Charter* must be given a large and liberal, purposive interpretation. The Tribunal then found that s. 18.2 protects the employment of a person who is incarcerated. In its view, because imprisonment is the direct result of a conviction, the actual cause of the dismissal is the conviction itself. The Tribunal concluded that this was a case of indirect discrimination which gave rise to a duty to make reasonable accommodation, and that the respondents had failed to discharge that duty. It ordered that the respondents pay Mr. Roy \$46,950 in material damages and \$5,000 in moral damages: [1997] R.J.Q. 2891.

The respondents appealed to the Court of Appeal. That court found that the principles of indirect discrimination and reasonable accommodation did not apply in this case. It held that s. 18.2 does not protect an employee from dismissal where the real reason is the fact that the employee is not available for work because he or she happens to be incarcerated. First, this would be another basis for justifying the dismissal, whereas the provision covers only those cases where the person is dismissed owing to the mere fact that he or she was convicted. Second, the term of imprisonment would interrupt the direct connection between the conviction and the dismissal. Thus, the Court of Appeal concluded that, in this case, Mr. Roy was not dismissed owing to the mere fact that he had been convicted. It accordingly

personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

La Commission fait enquête et propose des mesures de redressement à l'employeur. Aucune entente n'intervient. La Commission saisit le Tribunal des droits de la personne (« Tribunal ») d'une plainte contre Maksteel et son vice-président aux finances, M. Michael Gareau.

Le Tribunal est d'avis que l'art. 18.2 de la *Charte québécoise* témoigne de la reconnaissance du droit au travail, de la protection contre la discrimination dans l'emploi et de la réinsertion sociale des personnes ayant des antécédents criminels. Il considère ensuite que toute disposition de la *Charte québécoise* doit recevoir une interprétation large et libérale fondée sur son objet. Le Tribunal estime que l'art. 18.2 protège l'emploi d'une personne incarcérée. Selon lui, comme l'emprisonnement résulte directement de la déclaration de culpabilité, la cause véritable du congédiement est la déclaration de culpabilité. Le Tribunal conclut qu'il s'agit d'un cas de discrimination indirecte donnant naissance à une obligation d'accommodement raisonnable à laquelle les intimés ont failli. Le Tribunal ordonne aux intimés de verser à M. Roy la somme de 46 950 \$ à titre de dommages matériels et la somme de 5 000 \$ à titre de dommages moraux : [1997] R.J.Q. 2891.

Les intimés se pourvoient devant la Cour d'appel. Cette dernière considère que les principes de discrimination indirecte et d'accommodement raisonnable ne s'appliquent pas en l'espèce. Elle estime que l'art. 18.2 ne protège pas contre le congédiement dont le motif réel est l'indisponibilité d'un employé en raison de son incarcération. D'une part, dans ce cas, un autre motif justifie le congédiement alors que le texte ne vise que les cas où le congédiement est attribuable à la seule déclaration de culpabilité. D'autre part, l'emprisonnement rompt le lien direct entre la déclaration de culpabilité et le congédiement. En l'espèce, la Cour d'appel conclut que M. Roy n'a pas été congédié du seul fait de sa déclaration de culpabilité. Elle infirme donc le jugement du Tribunal : [2001]

4

5

reversed the judgment of the Tribunal: [2001] R.J.Q. 28. Since then, Maksteel has declared bankruptcy. The respondent Gareau is the only remaining respondent in the proceedings.

6 The question in this Court was as follows: was Mr. Roy the victim of a violation of a right protected by s. 18.2 of the *Quebec Charter*?

7 In the appellant's submission, an employee who has been incarcerated falls within the scope of s. 18.2. Accordingly, any employee who is convicted and incarcerated, and subsequently dismissed on the ground that he or she is unavailable, has, *prima facie*, been the victim of discrimination based on the conviction. The appellant presented three arguments in support of that position. First, it contended that the *Quebec Charter* must be interpreted broadly and liberally, and in a manner consistent with its overall purpose, which is to stop discrimination. Second, it submitted that preserving the employment relationship is directly related to the primary purpose of s. 18.2, which it defined as rehabilitation. And third, it submitted that conviction and incarceration form an indivisible whole.

8 In contrast, Mr. Gareau submitted that an employee who is incarcerated is not covered by s. 18.2. Citing a recent decision of the British Columbia Court of Appeal (*British Columbia (Human Rights Commission) v. British Columbia (Human Rights Tribunal)* (2000), 193 D.L.R. (4th) 488, 2000 BCCA 584), he argued that the protection afforded by s. 18.2 does not extend to the consequences that result from the sentence imposed on the offender. He submitted that the purpose of s. 18.2 is to protect individuals with a criminal record that is unrelated to their employment from the stigma arising out of their conviction.

9 In order to identify the boundaries of s. 18.2, we must ascertain the scope of the protection afforded by that provision and determine what burden of proof rests on both the employer and the employee.

R.J.Q. 28. Maksteel a, depuis, fait faillite. Seul l'intimé Gareau continue l'instance.

Devant notre Cour, la question est posée à nouveau : M. Roy a-t-il été victime d'une violation d'un droit protégé par l'art. 18.2 de la *Charte québécoise*?

Selon l'appelante, l'employé incarcéré est visé par l'art. 18.2. Ainsi, tout employé condamné, incarcéré et subséquemment congédié pour cause d'indisponibilité est, *prima facie*, victime de discrimination fondée sur sa déclaration de culpabilité. Trois arguments sous-tendent sa prétention. D'abord, elle soutient que la *Charte québécoise* doit recevoir une interprétation large, libérale et conforme à son objectif général qu'est la suppression de la discrimination. Ensuite, elle considère que le maintien du lien d'emploi s'accorde directement avec l'objet primordial de l'art. 18.2, qu'elle définit comme étant la réinsertion sociale. Enfin, elle est d'avis que la déclaration de culpabilité et l'incarcération forment un tout indissociable.

L'intimé Gareau est plutôt d'avis que l'employé incarcéré n'est pas visé par l'art. 18.2. S'appuyant sur une décision récente de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (*British Columbia (Human Rights Commission) c. British Columbia (Human Rights Tribunal)* (2000), 193 D.L.R. (4th) 488, 2000 BCCA 584), il plaide que la protection offerte à l'art. 18.2 ne s'applique pas aux conséquences de la peine imposée au contrevenant. Il considère que l'art. 18.2 a pour objet de protéger les personnes ayant un passé criminel sans lien avec l'emploi contre les stigmates découlant de leur condamnation.

Pour cerner les contours de l'art. 18.2, il faut mettre en lumière la portée de la protection offerte par cet article et déterminer le fardeau de preuve qui incombe tant à l'employeur qu'à l'employé.

I. The Scope of Section 18.2

It is worth noting that the rights protected by the *Quebec Charter* must be interpreted broadly and liberally, in order for its objective to be achieved. The latter was stated by this Court in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27 (“*Boisbriand*”), at para. 34, as follows: “The preamble suggests that the *Charter*’s objective is to protect the dignity and equality rights of all human beings and, by logical extension, to eliminate discrimination.” Exceptions, on the other hand, must be narrowly construed (paras. 28-32). Moreover, although the *Quebec Charter* adopted in 1976 covers situations that may be different from those covered by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, both are intended to protect analogous values, as has been confirmed by the courts that have interpreted them. The interpretation adopted must also be consistent with the terms of the *Charters*: *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (“*Meiorin*”), at para. 43.

Furthermore, it is useful to remember the historical context in which the provision at issue was enacted. As the majority of this Court held in the context of the *Canadian Charter* in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344: “. . . 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 . . . be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.” However, the approach taken must be flexible, to allow for a changing conception of human rights to be incorporated: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 376-77.

It should also be noted that since the date of the Tribunal’s decision, this Court has decided *Meiorin*, *supra*, and *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of*

I. La portée de l’art. 18.2

Il est utile de rappeler que les droits protégés par la *Charte québécoise* doivent être interprétés de façon large et libérale, pour permettre la réalisation de son objectif. Celui-ci a été formulé comme suit par la Cour dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27 (« *Boisbriand* »), par. 34 : « Nous trouvons dans ce préambule une indication que l’objectif poursuivi par la *Charte* est la protection du droit à la dignité et à l’égalité de tout être humain et, comme suite logique, la suppression de la discrimination. » Par ailleurs, les exceptions doivent être interprétées de façon restrictive (par. 28-32). De plus, bien que la *Charte québécoise* adoptée en 1976 s’applique à des situations qui peuvent différer de celles qui relèvent de la *Charte canadienne des droits et libertés*, toutes deux visent la protection de valeurs analogues comme le confirme la jurisprudence qui les a interprétées. L’interprétation retenue doit en outre se concilier avec les termes des *Chartes* : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), par. 43.

Au surplus, il est utile de rappeler le contexte historique dans lequel la disposition en litige a été adoptée. En effet, comme l’ont affirmé les juges majoritaires de la Cour dans le contexte de la *Charte canadienne* dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 : « . . . 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, [. . .] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. » L’approche doit cependant être souple, de façon à permettre d’intégrer une conception évolutive des droits de la personne : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 376-377.

Il faut aussi noter que, depuis le jugement du Tribunal, notre Cour a prononcé les arrêts *Meiorin*, précité, et *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique*

10

11

12

*Human Rights*), [1999] 3 S.C.R. 868 (“*Grismer*”), in which an analysis based on the distinction between direct discrimination and indirect discrimination was eliminated in favour of a unified method.

13

With this interpretive framework in mind, the analysis may be divided into two parts: the context in which s. 18.2 was enacted and the extent of its application. It will then be easier to consider the specific case of the incarcerated employee involved in this appeal.

A. *The context in which Section 18.2 was enacted*

14

When the *Quebec Charter* was enacted in 1976, it did not include the provision expressly prohibiting discrimination based on criminal record. Section 10 was the provision available to a person with a complaint of discrimination. Before the *Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, came into force, the section read as follows:

10 Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, sexual orientation, civil status, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social conditions or the fact that he is a handicapped person or that he uses any means to palliate his handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

The Commission attempted to persuade the Quebec courts that the expression “social condition”, a prohibited ground of discrimination under s. 10 of the *Charter*, implicitly contained protection against distinctions based on criminal record: C. Brunelle, “La Charte québécoise et les sanctions de l’employeur contre les auteurs d’actes criminels œuvrant en milieu éducatif” (1995), 29 *R.J.T.* 313, at p. 319, note 17, and M.-A. Dowd and J. Lefebvre, “La protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*: ‘il faut qu’une porte soit ouverte ou fermée’”, in *Développements*

(*Council of Human Rights*), [1999] 3 R.C.S. 868 (« *Grismer* »), dans lesquels l’analyse fondée sur la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte a été supprimée au profit d’une méthode unifiée.

Ayant à l’esprit cette toile interprétative, l’analyse peut être divisée en deux volets : le contexte d’adoption et le champ d’application de l’art. 18.2. Il sera alors plus facile d’étudier le cas particulier de l’employé incarcéré visé par le pourvoi.

A. *Le contexte de l’adoption de l’art. 18.2*

Lors de son adoption en 1976, la *Charte québécoise* ne comportait pas de disposition prohibant expressément la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires. L’article 10 était la disposition sur laquelle une personne qui voulait se plaindre de discrimination pouvait se reposer. Avant l’entrée en vigueur de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, ch. 61, cet article se lisait comme suit :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l’origine ethnique ou nationale, la condition sociale ou le fait qu’elle est une personne handicapée ou qu’elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap.

Il y a discrimination lorsqu’une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

La Commission avait tenté de convaincre les tribunaux québécois que l’expression « condition sociale », motif de discrimination prohibé à l’art. 10 de la *Charte québécoise*, englobait implicitement une protection contre les distinctions fondées sur les antécédents judiciaires : C. Brunelle, « La Charte québécoise et les sanctions de l’employeur contre les auteurs d’actes criminels œuvrant en milieu éducatif » (1995), 29 *R.J.T.* 313, p. 319, note 17, et M.-A. Dowd et J. Lefebvre, « La protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* : “il faut qu’une porte soit ouverte

*récents en droit du travail* (2001), 1, at p. 5-6. The courts did not accept that interpretation. They held that the ordinary meaning of the expression “social condition” did not include having a criminal record. For example, in *Commission des droits de la personne du Québec v. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866 (Sup. Ct.), Bernier J. rejected the definition advanced by the Commission. He defined the expression as [TRANSLATION] “refer[ring] to social class or social status as [determined by] birth, education, income and occupation” (p. 20 of full text). However, Bernier J. did acknowledge that a criminal record could, in some circumstances, stigmatize a person who had been convicted of an offence (at p. 22 of full text):

[TRANSLATION] . . . the legislative body which has jurisdiction in this respect, that is the federal government, since the case involves trafficking in a narcotic, has itself acknowledged that the fact that an individual has a criminal record could harm his or her reputation unless a pardon were granted as provided in section 5(a) of the Criminal Records Act (R.S.C. 1970, chapter 12, 1st Supplement [now R.S.C. 1985, c. C-47]). . . .

(See also *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Ville de)* (1983), 4 C.H.R.R. D/1444 (Que. Sup. Ct.).)

At that time, the Quebec courts were also of the opinion that a distinction based on having a criminal record could not infringe the dignity of individuals with a criminal past. In *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292, Judge Desjardins said (at pp. 297 and 300):

[TRANSLATION] . . . discrimination based on an individual’s criminal record is not based on the individual’s “social condition”, because it is not based on the position that he or she holds in society; rather, it is based on the unlawful conduct engaged in by the individual, regardless of the position he or she occupies in the social order.

. . . if we consider a criminal record to be one of the things on which a distinction, exclusion or preference could not be based, it is much more difficult to determine how such a distinction, exclusion or preference destroys

ou fermée” », dans *Développements récents en droit du travail* (2001), 1, p. 5-6. Les tribunaux n’ont pas retenu cette interprétation. Ils ont considéré que le sens ordinaire de l’expression « condition sociale » n’incluait pas le fait d’avoir des antécédents judiciaires. Par exemple, dans *Commission des droits de la personne du Québec c. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866 (C.S.), le juge Bernier a rejeté la définition proposée par la Commission. Il a défini l’expression comme « référ[ant] à [l]a classe sociale ou [au] rang social tel[s] que le déterminent la] naissance, [l’]éducation, [le] revenu et [l’]occupation » (p. 20 du texte intégral). Le juge Bernier a toutefois reconnu que les antécédents judiciaires pouvaient, en certaines circonstances, marquer la personne condamnée (à la p. 22 du texte intégral) :

. . . le législateur, compétent en la matière, soit le gouvernement fédéral puisqu’il s’agit en l’occurrence du trafic d’un stupéfiant, a lui-même reconnu que l’existence d’un casier judiciaire pour un individu pouvait nuire à sa réputation sauf au cas d’octroi d’un pardon tel que prévu à l’article 5a) de la Loi sur le casier judiciaire (S.R.C. 1970, chapitre 12, 1er supplément [maintenant L.R.C. 1985, ch. C-47]). . . .

(Voir également *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de)* (1983), 4 C.H.R.R. D/1444 (C.S. Qué.).)

Les tribunaux québécois de l’époque ont aussi estimé qu’une distinction fondée sur les antécédents judiciaires ne pouvait porter atteinte à la dignité des personnes ayant des antécédents criminels. Dans *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292, le juge Desjardins s’exprimait ainsi (aux p. 297 et 300) :

. . . une discrimination fondée sur les antécédents judiciaires d’un individu, n’est pas fondée sur sa « condition sociale », puisqu’elle n’est pas fondée sur la position qu’il occupe dans la société, mais plutôt sur les gestes illicites qu’il a posés, peu importe la place qu’il occupe dans l’ordre social.

. . . si on retient les antécédents judiciaires comme étant une des choses sur lesquelles une distinction, exclusion ou préférence ne pourrait être fondée, il est beaucoup plus difficile de déterminer en quoi cette distinction, exclusion

a fundamental right or freedom. A criminal record is the direct consequence of unlawful acts intentionally committed by the person with that record. . . . That person could certainly not claim to have been denied equality of value and dignity . . . when it was the person himself or herself who impaired that value and dignity by committing the acts that resulted in the convictions.

16 When the Commission lost in the courts, it turned to the legislature: Brunelle, *supra*, at p. 321. In 1982, the Commission was asked to comment on Bill 86 (*Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*), and it proposed that the legislature include the following provision in the *Quebec Charter*:

[TRANSLATION] In the Charter, the expression “social condition” shall be interpreted as including having a criminal record.

17 The legislature did not agree with that proposal, and instead enacted s. 18.2, the initial version of which read as follows (National Assembly of Québec, *Journal des débats*, 3rd Sess., 32nd Leg., Commission permanente de la justice, Étude du projet de loi n° 86, December 17, 1982, No. 232, at p. B-11766):

[TRANSLATION] No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment and five years have passed since the conviction, or if the person has obtained a pardon for the offence.

18 Except for two amendments that are not in issue in this case, one of which was made in 1982 during legislative consideration of the bill and the other of which occurred in 1990 (*Act to amend various legislative provisions respecting the implementation of the Code of Penal Procedure*, S.Q. 1990, c. 4, s. 133), this is the text that was in force at the time of the events that concern us here.

19 This text undoubtedly reflects a social choice made at that time, but also the constitutional limitation on the province’s power in relation to protection against discrimination based on criminal record. Whatever the provincial legislature’s objective may have been, it was not within its power to eliminate all of the stigma that attaches to a

ou préférence vient détruire une liberté ou un droit fondamental. Un casier judiciaire est la conséquence directe de gestes illicites posés volontairement par la personne qui le détient. [. . .] Elle ne pourrait certainement pas invoquer une atteinte à son égalité en valeur et en dignité [. . .] alors que c’est elle-même qui les a compromis en posant les gestes qui ont entraîné sa ou ses condamnations.

Ayant essuyé un refus devant les tribunaux, la Commission s’est alors tournée vers le législateur : Brunelle, *loc. cit.*, p. 321. En 1982, appelée à commenter le Projet de loi 86 (*Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*), la Commission a proposé au législateur d’inclure la disposition suivante dans la *Charte québécoise* :

Dans la Charte, l’expression condition sociale doit s’interpréter comme incluant notamment le fait d’avoir des antécédents judiciaires.

S’éloignant de cette proposition, le législateur a adopté l’art. 18.2 dont la version initiale se lisait comme suit (Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., Commission permanente de la justice, Étude du projet de loi n° 86, 17 décembre 1982, n° 232, p. B-11766) :

Nul ne peut congédier, refuser d’embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu’elle a été reconnue coupable ou s’est avouée coupable d’une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n’a aucun lien avec l’emploi et s’il s’est écoulé cinq ans depuis la condamnation, ou si cette personne en a obtenu le pardon.

À l’exception de deux amendements qui ne font pas l’objet du litige, l’un effectué en 1982 lors des débats parlementaires et l’autre en 1990 (*Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant l’application du Code de procédure pénale*, L.Q. 1990, ch. 4, art. 133), il s’agit du texte qui était en vigueur lors des événements qui nous occupent.

Ce texte reflète sans doute le choix social de l’époque, mais aussi la limitation constitutionnelle du pouvoir provincial en matière de protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires. En effet, quoi qu’ait pu être l’objectif qu’il poursuivait, le législateur provincial n’avait pas le pouvoir d’enrayer tous les stigmates attachés

conviction. We need only note that the *Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47, as well as the ability to impose a harsher sentence for repeat offences in criminal cases, are within the jurisdiction of the Parliament of Canada, and that all of the ramifications of the exercise of that power are beyond the control of the National Assembly.

**B. *Extent of the protection provided by Section 18.2***

It is evident from this brief historical review that the legislature's decision, in 1982, to enact a provision prohibiting discrimination based on criminal record came in response to the conservative approach taken by the Quebec courts (*Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, at para. 137). The legislature was sensitive to the unfavourable treatment suffered by individuals who had been in trouble with the law. Those individuals have traditionally been stigmatized and excluded from a range of activities: T. J. Singleton, "La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens" (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 456. It is interesting to note, however, that the legislature did not incorporate the protection against discrimination based on criminal record into the list of other grounds of discrimination in s. 10 of the *Quebec Charter*. It chose to make this an independent protection.

Protection against discrimination based on criminal record does not apply universally. First, unlike the grounds enumerated in s. 10, it applies only in respect of employment: "No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment . . .". Second, it covers only those cases in which the criminal record is the only basis for the decision or the action taken: ". . . owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence . . .". And third, it is different in that the employer's justification is circumscribed by the words of the provision itself: ". . . if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence". If the person has obtained a pardon for the offence committed, whether or not the offence was connected with the employment, the protection is absolute.

à une condamnation. Il suffit d'ailleurs de rappeler que la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, ch. C-47, tout comme la possibilité d'imposer une peine plus sévère en cas de récidive en matière criminelle, sont du ressort du Parlement fédéral et que toutes leurs ramifications échappent au contrôle de l'Assemblée nationale.

**B. *L'étendue de la protection offerte par l'art. 18.2***

Il ressort de ce bref survol historique que c'est en réaction à une approche conservatrice des tribunaux québécois que le législateur a, en 1982, adopté une disposition prohibant la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires (*Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 137). Le législateur s'est montré sensible au traitement défavorable subi par les personnes ayant eu des démêlés avec la justice. Ces personnes ont traditionnellement été stigmatisées et exclues de nombreuses activités : T. J. Singleton, « La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens » (1993), 72 *R. du B. can.* 456. Fait révélateur, toutefois, le législateur n'a pas intégré la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires aux autres motifs de discrimination énumérés à l'art. 10 de la *Charte québécoise*. Il a choisi d'en faire une protection autonome.

La protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires n'est pas d'application générale. D'abord, à la différence des motifs énumérés à l'art. 10, elle ne s'applique qu'en matière d'emploi : « Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi . . . ». Ensuite, elle ne vise que les cas où les antécédents judiciaires constituent le seul motif à l'appui de la décision ou de la mesure imposée : « . . . du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle . . . ». Enfin, elle se distingue en ce que la justification de l'employeur est circonscrite par le texte : « . . . si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon ». Si la personne a obtenu un pardon pour l'infraction commise, qu'il y ait ou non un lien entre celle-ci et l'emploi, la

20

21



Moreover, if there is no connection between the criminal record and the employment, the protection is also complete.

22 As Gonthier J. observed in *Therrien, supra*, at para. 145, s. 18.2 is a self-contained provision. It provides both for the employee to have a right to be protected against any unfavourable treatment resulting from his or her conviction (“the right”) and for there to be no protection if there is a connection between the offence and the employment and the employee has not obtained a pardon (“the justification”). Section 18.2 therefore contains its own rules governing justification, and accordingly does not require resort to s. 20 of the *Quebec Charter* (*Therrien, supra*, at para. 145).

23 The right to treatment equal to that given other applicants or employees who do not have a record is stated unequivocally: “No one may . . . penalize a person in his employment . . .”. The simple fact that an individual was treated differently owing to a prior conviction thwarts the objective of protection against unlawful discrimination. The finding that there has been an infringement of the right to equality results directly from the differential treatment.

24 The fact that the justification mechanism is incorporated into the protection itself constitutes an additional indication that this protection is simpler to apply than the protection provided in ss. 10 and 20 of the *Quebec Charter*. Under ss. 10 and 20, differential treatment based on one of the enumerated grounds is prohibited if it is demonstrated that the distinction impairs the right to equality and if the employer is able to accommodate the characteristics of the employee in question without experiencing undue hardship.

25 In the case of protection against the stigma that arises out of a criminal record, the justification is circumscribed. The employee’s abilities or potential contribution to the business are not relevant. A connection with the employment is the only possible justification, and it is limited by obtaining a pardon.

26 In the context of an independent justification mechanism being provided in s. 18.2 itself, the “reasonable accommodation” standard established

protection est absolue. De plus, s’il n’y a pas de lien entre l’antécédent judiciaire et l’emploi, la protection est également complète.

Comme l’a noté le juge Gonthier dans l’arrêt *Therrien*, précité, par. 145, l’art. 18.2 est une disposition à circuit fermé. Elle énonce à la fois le droit de l’employé à la protection contre tout traitement défavorable dû à sa déclaration de culpabilité (« le droit ») et l’absence de protection s’il y a un lien entre l’infraction et l’emploi et que l’employé n’a pas obtenu un pardon (« la justification »). L’article 18.2 contient son propre régime de justification et, partant, échappe à l’application de l’art. 20 de la *Charte québécoise* (*Therrien*, précité, par. 145).

Le droit à l’égalité de traitement avec les autres candidats ou employés n’ayant pas d’antécédent est énoncé sans nuance : « Nul ne peut [. . .] pénaliser dans le cadre de son emploi une personne . . . ». Le simple fait de subir un traitement différent en raison d’une condamnation antérieure contrecarre l’objectif de protection contre la discrimination illicite. La conclusion à l’existence d’une atteinte au droit à l’égalité découle directement du traitement distinct.

L’intégration du mécanisme de justification à la protection elle-même constitue une autre indication d’une protection plus simple à appliquer que celle prévue aux art. 10 et 20 de la *Charte québécoise*. En vertu de ces derniers articles, une différence de traitement fondée sur l’un des motifs énumérés est prohibée s’il est démontré que la distinction compromet le droit à l’égalité et si l’employeur peut composer avec les caractéristiques de l’employé en question sans subir une contrainte excessive.

Dans le cas de la protection contre les stigmates découlant d’un antécédent judiciaire, la justification est circonscrite. Les aptitudes de l’employé ou son apport potentiel à l’entreprise ne sont pas pertinents. Un lien avec l’emploi est la seule justification possible et elle est limitée par l’obtention d’un pardon.

Dans le contexte du mécanisme de justification autonome prévu à l’art. 18.2 lui-même, le volet d’accommodement raisonnable élaboré dans *Meiorin*

in *Meiorin* in relation to *bona fide* occupational requirements plays no role. If there is a connection to the work between the record and the employment and a pardon has not been obtained, then the employer is not obliged to prove that it would experience undue hardship as a result of accommodating the employee's criminal record. The employer may rely on the absolute presumption that it is entitled to refuse to hire, or to take other action against, an employee who has committed an offence that is connected with his or her employment if the employee has not obtained a pardon. On the other hand, that is the only ground on which the employer may rely. In addition to the fact that the independent nature of the provision means that it does not lend itself to incorporating the concept of accommodation, it must be noted that from a conceptual standpoint, it is difficult to incorporate accommodation into the context of s. 18.2: if the employee's right to equality is violated and the employer cannot take advantage of the justification set out in the *Quebec Charter*, the employee will be entitled to the appropriate redress. There is therefore no question of accommodation, properly so called, because this is an absolute prohibition. Either the individual is entitled to be employed in the job for which he or she was hired, or the individual is not so entitled.

To summarize, I find that there is a significant difference between the scope of s. 18.2 and the scope of s. 10. While s. 10 uses the mechanism of protection against discrimination on the basis of enumerated grounds to provide for the right to equality in all spheres of activity, s. 18.2 offers protection that is narrower in scope but easier to administer. In employment, an employee who has been convicted and obtained a pardon, or who has committed an offence that is not connected with the employment, need not endure any stigma arising out of the conviction. Section 18.2, therefore, protects the employee from the unjustified social stigma that arises out of a prior conviction.

Despite the fact that s. 18.2 is independent, it is directly related to the general objective of the *Quebec Charter* in respect of discrimination in employment. The *Charter* prohibits distinctions based on personal characteristics that are irrelevant

relativement à l'exigence professionnelle justifiée n'a pas sa place. S'il y a un lien entre l'antécédent et l'emploi et qu'il n'y a pas eu pardon, l'employeur n'est pas tenu de prouver qu'il subit une contrainte excessive du fait de l'accommodement consenti à l'égard de l'antécédent judiciaire de l'employé. L'employeur bénéficie de la présomption absolue qu'il a le droit de refuser d'embaucher ou d'imposer ainsi une mesure à l'employé qui a commis une infraction ayant un lien avec son emploi si l'employé n'a pas obtenu un pardon. En revanche, c'est le seul motif qu'il peut invoquer. Outre le fait que l'autonomie de la disposition ne prête pas à l'intégration de la notion d'accommodement, il faut noter que, d'un point de vue conceptuel, l'accommodement est difficilement intégrable dans le cadre de l'art. 18.2. En effet, s'il y a atteinte au droit à l'égalité d'un employé et que l'employeur ne peut se prévaloir de la justification prévue à la *Charte québécoise*, l'employé a droit à la réparation appropriée. Il n'est pas question alors d'accommodement à proprement parler puisqu'il s'agit d'une prohibition absolue. Ou l'employé a droit à l'emploi tel qu'il existe dans l'entreprise, et ce, sans mesure de représailles, ou il n'y a pas droit.

Pour résumer, je retiens qu'il existe une différence importante entre la portée de l'art. 18.2 et celle de l'art. 10. Alors que l'art. 10 utilise le mécanisme de protection contre la discrimination pour faire valoir dans tous les champs d'activité le droit à l'égalité en ce qui a trait aux motifs énumérés, l'art. 18.2 offre une protection plus limitée, mais plus facile à appliquer. En matière d'emploi, l'employé condamné qui a obtenu un pardon ou dont l'infraction commise n'est pas liée à l'emploi n'a à supporter aucun stigmate découlant de sa déclaration de culpabilité. L'article 18.2 protège donc l'employé contre les stigmates sociaux injustifiés découlant d'une condamnation antérieure.

Malgré son autonomie, l'art. 18.2 s'accorde directement avec l'objectif général de la *Charte québécoise* en matière de discrimination dans l'emploi. La *Charte* prohibe les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles non pertinentes à

to an individual's ability to do the work. Assuming having a criminal record is a personal characteristic, it is not relevant to one's ability to do the work when there is no connection with the employment or a pardon has been obtained. The extent to which an employee who is incarcerated is protected by s. 18.2 must be determined in relation to that rationale.

C. *The specific case of an employee who is incarcerated*

29 As noted earlier, s. 18.2 is intended to protect individuals from unjustified social stigma that operates to exclude a person with a criminal conviction from the labour market. That is the purpose of the provision.

30 An employee is unfairly stigmatized if the offence committed is not objectively connected with the employment or if the employee has obtained a pardon for it. This is true regardless of the seriousness of the crime committed. Accordingly, with the exception of the justification, the law is broken if the differential treatment results from a perception that the employee is less capable of performing the work, and less worthy of recognition as a human being, because of his or her criminal record. Quebec society has changed since the decisions cited earlier, in which it was held that a distinction based on having a criminal record could not infringe the dignity of an individual.

31 It is thus important to note that the protection applies only to cases in which the action taken by the employer is owed to the mere fact that the individual has a criminal record. Accordingly, the protection is of no avail if the employee suffers a reprisal because of a disciplinary offence or is laid off for administrative reasons.

32 As well, we must make a distinction between the civil consequences of a sentence lawfully imposed on an offender and the unjustified stigmatization he or she may suffer because of a past conviction. Unjustified stigma is the product of prejudice or stereotyping. On the other hand, the sentence is imposed on the employee who committed an act prohibited by the law. Consequently, there is no

la capacité de faire le travail. Si l'existence d'antécédents judiciaires constitue une caractéristique personnelle, ce fait n'est pas pertinent en ce qui concerne la capacité de faire le travail s'il n'y a pas de lien avec l'emploi ou si un pardon a été obtenu. C'est en fonction de cette analyse qu'il convient de vérifier dans quelle mesure l'employé incarcéré est visé par l'art.18.2.

C. *Le cas particulier de l'employé incarcéré*

Tel que mentionné, l'art. 18.2 se veut une protection contre les stigmates sociaux injustifiés qui ont pour effet d'exclure la personne condamnée du marché du travail. Tel est l'objet de la disposition.

Les stigmates marquent injustement l'employé si l'infraction commise n'est pas objectivement liée à l'emploi ou si l'employé a obtenu un pardon à cet égard. Il en est ainsi peu importe la gravité du crime commis. Hormis cette justification, le droit est donc enfreint si la différence de traitement découle d'une perception que l'employé est moins apte à effectuer le travail et moins digne d'être reconnu en tant qu'être humain en raison de ses antécédents judiciaires. La société québécoise a évolué depuis les décisions citées précédemment, dans lesquelles il a été affirmé qu'une distinction fondée sur les antécédents judiciaires ne pouvait porter atteinte à la dignité d'une personne.

Il importe donc de noter que la protection ne vaut que pour les cas où la mesure prise par l'employeur est liée au seul fait que la personne a des antécédents judiciaires. Ainsi, la protection n'est d'aucune utilité si l'employé subit une mesure de représailles en raison d'une indiscipline ou s'il est mis à pied pour des raisons administratives.

De même, il y a lieu de faire une distinction entre les conséquences civiles d'une peine légitimement imposée au délinquant et les stigmates injustifiés qui peuvent le marquer en raison d'une condamnation antérieure. Les stigmates injustifiés sont le fruit de préjugés ou de stéréotypes. En revanche, la peine est imposée à l'employé qui a commis un acte prohibé par la loi. Par conséquent, il n'y a pas de

violation of s. 18.2 where the differential treatment genuinely results from the civil consequences of the sentence itself. Such is the case where an incarcerated employee is truly dismissed because he or she is not available for work. To take an example that is not likely to arouse disagreement, there is the employee who has been sentenced to life in prison. In such a case, dismissal is not the result of the stereotyped application of a personal characteristic that is not related in any way to the employee's ability to do the work. In other words, an employee who cannot work because he or she is incarcerated has not been unfairly stigmatized if dismissed. Rather, the dismissal arises out of the fact that the employee is not available, which is itself an inescapable consequence of the deprivation of liberty lawfully imposed on an employee who has committed a prohibited act.

Every incarcerated offender must suffer the consequences that result from being imprisoned, namely loss of employment for unavailability. I therefore cannot accept the appellant's argument that there is an inherent connection between not being available and the distinction that is prohibited by s. 18.2. Contrary to the decisions cited by the appellant, in which the employee was unavailable as a result of some individual status (a person with a disability, a pregnant woman, a Jewish person), the fact that an incarcerated employee is unavailable is not a consequence of his or her status as a "convicted person", that is, of the fact that he or she has a criminal record. It is a civil consequence of the sentence that was lawfully imposed. Section 18.2 does not protect a convicted person against that consequence.

I adopt the approach of the British Columbia Court of Appeal in *British Columbia (Human Rights Commission) v. British Columbia (Human Rights Tribunal)*, *supra*, interpreting s. 13(1) of the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210. That provision, like s. 18.2 in the present case, prohibits discrimination in employment based on, *inter alia*, the fact that a person has been convicted of a criminal or summary conviction offence that is unrelated to the employment or intended employment. In that

violation de l'art. 18.2 lorsque la différence de traitement découle réellement des conséquences civiles de la peine elle-même. C'est le cas de l'employé incarcéré qui a été véritablement congédié pour cause d'indisponibilité. On peut citer l'exemple, qui ne prête pas à controverse, de l'employé qui est condamné à l'emprisonnement à vie. Dans un tel cas, le congédiement ne résulte pas de l'application stéréotypée d'une caractéristique personnelle n'ayant aucun rapport avec la capacité de faire le travail. En d'autres termes, l'employé incapable de faire son travail parce qu'il est incarcéré n'est pas injustement stigmatisé s'il est congédié. Le congédiement découle plutôt de l'indisponibilité de l'employé. Cette indisponibilité est une conséquence inéluctable de la privation de liberté qui est légitimement imposée à l'employé qui a commis un acte prohibé.

Tout contrevenant doit subir les conséquences découlant de son emprisonnement, voire la perte de son emploi en cas d'indisponibilité. Je ne peux retenir la prétention de l'appelante selon laquelle il y a un lien intrinsèque entre l'indisponibilité et la distinction prohibée à l'art. 18.2. Contrairement à la jurisprudence invoquée par l'appelante où l'indisponibilité de l'employé découle d'un statut particulier (personne atteinte d'un handicap, femme enceinte, personne de religion juive), l'indisponibilité de l'employé incarcéré n'est pas fondée sur son statut de « personne condamnée », c'est-à-dire sur l'existence d'antécédents judiciaires. Elle est une conséquence civile de la peine légitimement imposée. L'article 18.2 ne protège pas la personne condamnée contre cette conséquence.

Je fais mienne l'approche de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *British Columbia (Human Rights Commission) c. British Columbia (Human Rights Tribunal)*, précitée, quant à l'interprétation du par. 13(1) du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210. Cette disposition, comme notre art. 18.2, interdit la discrimination dans l'emploi fondée, entre autres, sur le fait qu'une personne a été reconnue coupable d'une infraction pénale ou criminelle sans lien avec l'emploi occupé

decision, Saunders J.A. adopted the following comments of the trial judge, Holmes J. (at para. 24):

The policy grounding protection of individuals convicted of criminal offences is not protection against the penalty flowing from their conduct. It is protection “. . . from being stigmatized indefinitely by the fact of their convictions”.

35 In addition to the fact that this reasoning is consistent with the objective of the *Quebec Charter*, which is to protect the right to dignity and equality, it is also consistent with the wording used in s. 18.2: “owing to the mere fact that he was convicted”. In my opinion, that wording denotes an intention to limit the scope of the provision to the conviction, and not the sentence that may be associated with it.

36 As well, the comments made by the Minister of Justice when Bill 86 was given third reading on December 18, 1982 confirm that initially, the purpose of s. 18.2 was not to offer protection during the term of incarceration (National Assembly of Quebec, *Journal des débats*, 3rd Sess., 32nd Leg., at p. 7505). The Minister said the following with respect to s. 18.2:

[TRANSLATION] I believe that this is an addition . . . which should assist in rehabilitating people who have paid their debt to society, while at the same time preventing them from being penalized a second time for their offence or for the wrongdoing they may have committed. [Emphasis added.]

37 If the protection were extended to include the period of incarceration, the Minister could not have spoken of “rehabilitating people who have paid their debt to society”. Although the *Quebec Charter* must be interpreted in an evolutionary manner, the appellant here has not established that extending protection beyond the limits that were provided when it was enacted would be justified.

38 I do not agree with the appellant’s argument that there is an inseverable connection between the conviction and the incarceration. While from a rational standpoint, the incarceration is indeed connected with the conviction, that connection is not an

ou convoité. Dans cet arrêt, la juge Saunders a souscrit aux propos suivants du juge Holmes de première instance (au par. 24) :

[TRADUCTION] Le principe qui sous-tend la protection des personnes déclarées coupables d’une infraction criminelle ne consiste pas à les protéger contre le châtement qui découle de leur conduite. Il consiste à les protéger « . . . contre une stigmatisation illimitée du fait de leur condamnation ».

En plus de s’harmoniser avec l’objectif de la *Charte québécoise* qui est de protéger le droit à la dignité et à l’égalité, ce raisonnement se concilie avec les termes « du seul fait qu’elle a été déclarée coupable » employés à l’art. 18.2. Ces termes dénotent, à mon avis, une intention de restreindre la portée de cette disposition à la déclaration de culpabilité et non à la peine qui est susceptible de s’y rattacher.

En outre, les commentaires du ministre de la Justice émis lors de la troisième lecture du projet de loi 86, le 18 décembre 1982, confirment qu’au départ l’art. 18.2 n’avait pas pour but d’offrir une protection pendant l’incarcération (Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., p. 7505). Le ministre a tenu les propos suivants au sujet de l’art. 18.2 :

Il s’agit, je crois, d’un ajout [. . .] qui devrait faciliter la réinsertion sociale des personnes qui ont acquitté leur dette envers la société, tout en évitant qu’elles en soient pénalisées une deuxième fois pour leur infraction ou pour la faute qu’elles auraient pu commettre. [Je souligne.]

Si la protection était étendue à la période d’incarcération, le ministre ne pourrait parler de « réinsertion sociale des personnes qui ont acquitté leur dette envers la société ». Bien que la *Charte québécoise* doive être interprétée de façon évolutive, l’appelante n’a pas ici démontré qu’il serait justifié d’élargir la protection au-delà des limites prévues lors de son adoption.

Je ne partage pas non plus la prétention de l’appelante selon laquelle il y a un lien indissociable entre la déclaration de culpabilité et l’incarcération. Bien que, d’un point de vue rationnel, il y ait un lien entre l’incarcération et la condamnation, il n’y a pas

equation. The purpose of s. 18.2 does not go beyond protecting the employee against unjustified stigmatization arising out of the conviction. The symbiotic connection that the appellant makes between conviction and incarceration would mean that s. 18.2 would have to be interpreted as a guarantee of employment, and this quite clearly goes beyond the scope of the protection against discrimination based on criminal record that is provided in the *Quebec Charter*.

Moreover, not all convictions lead to incarceration. The *Criminal Code* provides for an entire spectrum of sentences. Not all convictions automatically result in an employee being unable to perform his or her work.

In addition, assuming a perfect equation between conviction and incarceration would lead, in the case of the *Quebec Charter*, which applies not only to firing but also to hiring, to the disconcerting result noted by Hollinrake J.A. in respect of British Columbia's *Human Rights Code* in *British Columbia (Human Rights Commission) v. British Columbia (Human Rights Tribunal)*, *supra*, at para. 14. If we apply the reasoning advanced by the appellant, an incarcerated employee could apply for employment, from the institution in which he or she was an inmate, and the employer in question could not refuse to hire that person because he or she was not available.

Given this context, I cannot bring myself to agree that the Quebec legislature intended to characterize an employer's refusal to hire or dismissal of an incarcerated individual because he or she was not available as discriminatory.

I would note in passing that it is also difficult to conclude from the wording of the provisions in the codes of other provinces of Canada that protect individuals against discrimination based on criminal record that they offer protection against the consequences of sentence. In Ontario, s. 5 of the *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, prohibits discrimination in employment based on a number of grounds, including "record of offences", which is defined in s. 10(1) as a conviction for an offence in respect of which a pardon has been granted under

adéquation entre les deux termes. L'objet de l'art. 18.2 se limite à protéger l'employé contre les stigmates injustifiés découlant de la déclaration de culpabilité. Le lien symbiotique que l'appelante établit entre la déclaration de culpabilité et l'incarcération obligerait à interpréter l'art. 18.2 comme une garantie d'emploi, ce qui, de toute évidence, dépasse la portée de la protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires prévue à la *Charte québécoise*.

Qui plus est, toute condamnation ne mène pas à une incarceration. Le *Code criminel* prévoit toute une gamme de peines. Toute condamnation n'entraîne pas automatiquement l'impossibilité pour l'employé de faire son travail.

Par ailleurs, présumer d'une adéquation parfaite entre la déclaration de culpabilité et l'incarcération mènerait, pour la *Charte québécoise* qui s'applique non seulement au cas de congédiement mais aussi au cas d'embauche, au résultat déconcertant que notait le juge Hollinrake, à l'égard du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, dans *British Columbia (Human Rights Commission) c. British Columbia (Human Rights Tribunal)*, précité, par. 14. Suivant le raisonnement qu'adopte l'appelante, un employé incarcéré pourrait, à partir de l'établissement où il est détenu, poser sa candidature pour un emploi, et l'employeur en question ne pourrait refuser de l'embaucher pour le motif qu'il n'est pas disponible.

Dans ce contexte, je ne peux me résoudre à accepter que le législateur québécois ait voulu taxer de discriminatoire le fait pour un employeur de refuser d'embaucher ou de congédier un individu incarcéré parce qu'il n'est pas disponible.

Je note, en passant, que le libellé des dispositions des codes des autres provinces canadiennes qui protègent contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires permet difficilement lui-aussi de conclure à une protection contre les conséquences de la peine. En Ontario, l'art. 5 du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, prohibe la discrimination en matière d'emploi fondée sur plusieurs motifs, dont l'existence d'un « casier judiciaire », défini au par. 10(1) comme le relevé d'une condamnation pour une infraction qui a fait

39

40

41

42

the *Criminal Records Act* and has not been revoked, or for an offence in respect of any provincial enactment. In the Northwest Territories, s. 3(1) of the *Fair Practices Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2 (which will be repealed and replaced by the *Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18), prohibits discrimination against any person, in all of the areas covered, because of “a conviction of that person for which a pardon has been granted”. The *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, prohibits discrimination based on “conviction . . . for which a pardon has been granted” (s. 2) in all areas covered.

43

The appellant placed great emphasis on the need to apply a generous interpretation to s. 18.2, following the liberal interpretations applied to, *inter alia*, the expressions “handicap” (*Boisbriand, supra*), “pregnancy” (*Commission des écoles catholiques de Québec v. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.)) and “civil status” (*Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279). This Court has indeed often said that because of its unique and quasi-constitutional nature, human rights legislation must be interpreted in a liberal and purposive manner in order to advance the broad policy considerations underlying it: *B v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2002] 3 S.C.R. 403, 2002 SCC 66, at para. 44; *Boisbriand, supra*, at paras. 27-30; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pp. 546-47. However, the interpretation advanced by the appellant goes beyond both the general objective of the *Quebec Charter* and the more specific objective of the provision in issue.

44

In support of a liberal interpretation of s. 18.2, the appellant also cited two international conventions to which Canada is a party (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, and *ILO Convention (No. 111) concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation*, 362 U.N.T.S. 31), a declaration of the United Nations General Assembly (*Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948)) and two

l’objet d’un pardon en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, et qui n’a pas été révoqué, ou pour une infraction à une loi provinciale. Dans les Territoires du Nord-Ouest, le par. 3(1) de la *Loi prohibant la discrimination*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2 (qui sera abrogée et remplacée par la *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, ch. 18), interdit la discrimination fondée sur « une condamnation pour laquelle un pardon a été obtenu », et ce, dans tous les domaines visés. Quant à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, elle interdit, dans tous les domaines visés, la discrimination fondée sur « l’état de [la] personne graciée » (art. 2).

L’appelante a beaucoup insisté sur la nécessité de donner à l’art. 18.2, une interprétation large à l’instar de l’interprétation libérale donnée notamment aux termes « handicap » (*Boisbriand, précité*), « grossesse » (*Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.)), et « état civil » (*Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279). Il est vrai que notre Cour a maintes fois affirmé que les lois sur les droits de la personne doivent, en raison de leur caractère unique et quasi constitutionnel, être interprétées largement à la lumière de leur objectif général et des considérations de politique générale qui les sous-tendent : *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2002] 3 R.C.S. 403, 2002 CSC 66, par. 44; *Boisbriand, précité*, par. 27-30; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 546-547. Cependant, l’interprétation que préconise l’appelante excède tant l’objectif général de la *Charte québécoise* que l’objectif plus spécifique de la disposition en cause.

À l’appui d’une interprétation large de l’art. 18.2, l’appelante invoque également deux conventions internationales auxquelles le Canada est partie (*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, et *Convention (n° 111) concernant la discrimination en matière d’emploi et de profession*, 362 R.T.N.U. 31), une déclaration de l’Assemblée générale des Nations Unies (*Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71

resolutions, one of the United Nations General Assembly (*Basic Principles for the Treatment of Prisoners*, G.A. Res. 45/111, 14 December 1990, U.N. Doc ST/HR/1/Rev. 5 (1994), p. 263) and the other of the United Nations Economic and Social Council (*Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, G.A. Res. 663 C (XXIV), 31 July 1957, and 2076 (LXII), 13 May 1977, U.N. Doc ST/HR/1/Rev. 5 (1994), p. 243). I would start by noting that the instruments cited do not deal with discrimination based on criminal record. Accordingly, they are not very useful for ascertaining the scope of s. 18.2. In addition, neither the interpretive presumption that domestic law is consistent with international law nor the presumption of consistency between statutes is applicable here, because there is no actual or potential conflict between the interpretation of s. 18.2 that has been adopted and the instruments cited by the appellant.

To summarize, it is apparent, applying the principles of interpretation, that an employee is protected under s. 18.2 only if his or her employment is affected by some action that is taken owing to the mere fact that he or she has a criminal record. The employee's right to employment is not automatically protected by that provision.

## II. Burdens of Proof

### A. *Elements to be proved*

In *Therrien*, *supra*, at para. 140, Gonthier J. listed the four essential conditions that must be met in order for s. 18.2 to apply: (1) a dismissal, a refusal to hire or any kind of penalty; (2) in the person's employment; (3) owing to the mere fact that the person was convicted of a penal or criminal offence; (4) if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence. What remains to be determined is the parties' respective burdens of proof.

In discrimination cases, it is settled law that the onus is on the complainant to establish *prima facie* proof that a protected right has been infringed: *Meiorin*, *supra*, and *Grismer*, *supra*. The content of that evidence will depend on the wording of the provision in question.

(1948)) et deux résolutions, l'une émanant de l'Assemblée générale des Nations Unies (*Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus*, A.G. Rés. 45/111, 14 décembre 1990, Doc. NU ST/HR/1/Rev. 5 (1994), p. 265) et l'autre du Conseil économique et social des Nations Unies (*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, A.G. Rés. 663 C (XXIV), 31 juillet 1957, et 2076 (LXII), 13 mai 1977, Doc. NU ST/HR/1/Rev. 5 (1994), p. 245). D'emblée, je note que les dispositions invoquées ne traitent pas de la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires. À ce titre, elles ne sont pas très utiles pour délimiter la portée de l'art. 18.2. En outre, il n'y a lieu d'appliquer ni la présomption interprétative voulant que le droit interne soit conforme au droit international ni la présomption de cohérence des lois entre elles puisque l'interprétation retenue de l'art. 18.2 n'est pas en conflit réel ou potentiel avec les dispositions invoquées par l'appelante.

Pour résumer, il ressort des principes d'interprétation que l'employé ne peut bénéficier de l'art. 18.2 que si son emploi est affecté par une mesure qui découle du seul fait de ses antécédents judiciaires. Son droit à l'emploi n'est pas automatiquement protégé par cette disposition.

## II. Les fardeaux de preuve

### A. *Les éléments à prouver*

Dans l'arrêt *Therrien*, précité, par. 140, le juge Gonthier a énuméré les quatre conditions d'application de l'art. 18.2 : (1) un congédiement, un refus d'embauche ou une pénalité quelconque; (2) dans le cadre d'un emploi; (3) du seul fait qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle; (4) si l'infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si elle en a obtenu le pardon. Il reste à déterminer quels sont les fardeaux de preuve respectifs des parties.

En matière de discrimination, il est acquis qu'il appartient au demandeur d'établir une preuve *prima facie* de l'atteinte à un droit protégé : *Meiorin*, précité, et *Grismer*, précité. Le contenu de cette preuve dépend du libellé de la disposition en cause.

45

46

47



48

Applying that rule, the primary burden on the complainant is as follows in the case of s. 18.2: the complainant has the burden of establishing that he or she has a criminal record and has suffered a reprisal in an employment context, and that the criminal record was the real reason for, or actual cause of, the action taken by the employer. The complainant must also prove that a pardon had been obtained, where applicable.

49

With respect to the case to be made by a complainant, it is important to note that he or she need not prove that the conviction was the sole cause of the prejudicial treatment. That approach would be too restrictive. In my opinion, the expression “owing to the mere fact” does not justify imposing a heavier burden in the case of s. 18.2 than the burden that applies under s. 10. If the employee were required to prove that the conviction was the sole cause that might have motivated the dismissal there would be a risk of eroding the right guaranteed by s. 18.2: Brunelle, *supra*, at pp. 337-38. For example, in the case of an employee who is incarcerated for a short period of time, the employer could easily conceal its design by claiming to base its action on the fact that the employee was not available. The complainant need therefore only establish that the ground of discrimination alleged was the actual cause: *Brossard*, *supra*, at pp. 299-300, and *B v. Ontario*, *supra*, at para. 59.

50

In some cases, the evidence might rule out the employee's unavailability because of incarceration as the actual cause. That would be the case for an incarcerated employee who was on vacation at the time he or she served the sentence, and whose vacation covered the entire period of imprisonment. It would also be the case for an incarcerated employee who was able to serve his or her sentence intermittently, outside working hours, or for an individual who applied from the institution where he or she was an inmate for a position that was to start at the end of his or her sentence. Obviously, those examples are not exhaustive. Other circumstances might also lead a court to conclude that the employer's decision cannot reasonably be based on the formal reason that it alleges as justification for the measure imposed on the employee.

En application de cette règle, le fardeau primaire du demandeur est le suivant en ce qui concerne l'art. 18.2 : il appartient au demandeur d'établir qu'il a des antécédents judiciaires, qu'il a subi des représailles dans le cadre d'un emploi et que ces antécédents judiciaires ont été le motif réel ou la cause véritable de la mesure prise par l'employeur. À cela s'ajoute la preuve qu'un pardon a été obtenu, le cas échéant.

Dans le cadre de sa preuve à charge, il importe de souligner qu'un demandeur n'a pas à prouver que sa déclaration de culpabilité constitue la cause unique du traitement préjudiciable subi. Cette approche serait trop restrictive. À mon avis, les termes « du seul fait » ne justifient pas l'imposition d'un fardeau plus lourd dans le cadre de l'art. 18.2 que dans celui de l'art. 10. Exiger de l'employé qu'il prouve que sa condamnation constitue l'unique cause susceptible d'être à l'origine du congédiement risquerait d'éroder le droit garanti à l'art. 18.2 : Brunelle, *loc. cit.*, p. 337-338. Par exemple, dans le cas de l'employé incarcéré pour une courte durée, l'employeur pourrait facilement masquer son dessein en invoquant l'indisponibilité de l'employé. Il suffit donc que le demandeur établisse que le motif de discrimination invoqué en est la cause véritable : *Brossard*, précité, p. 299-300, et *B c. Ontario*, précité, par. 59.

Dans certains cas, la preuve pourrait exclure l'indisponibilité en raison de l'incarcération comme cause véritable. Ce serait le cas de l'employé incarcéré qui est en congé au moment de purger sa peine et dont le congé couvre la totalité de la période d'emprisonnement. Ce serait le cas également de l'employé incarcéré qui peut purger sa peine de façon discontinue en dehors des heures de travail, ou encore de l'individu qui postule à partir de l'établissement où il est détenu pour un emploi qui doit commencer au moment où sa peine prendra fin. Ces exemples ne sont évidemment pas exhaustifs. D'autres circonstances pourraient dicter à un tribunal la conclusion que la décision de l'employeur ne peut raisonnablement se fonder sur le motif formel que ce dernier a invoqué à l'appui de la mesure imposée à l'employé.

In cases where the sentence of imprisonment affects the employee's availability, the court will have to be satisfied, on a preponderance of evidence, that the actual cause was the conviction, and that the fact that the employee was not available was not cited as a mere pretext.

Some authors are of the opinion that s. 18.2 also places the onus on the complainant to establish that there is no connection between the offence and the employment: M. Caron, "Le droit à l'égalité dans la 'nouvelle' Charte québécoise telle que modifiée par le projet de loi 86", in *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, L'interaction des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne* (1983-84), cours 83, 115, at p. 134. Others take the opposite position, and place the burden of establishing a connection between the offence and the employment on the employer: *St-Hubert (Ville de) et Syndicat des cols bleus de la Ville de St-Hubert (C.S.D.)*, [1998] R.J.D.T. 525 (T.A.), Brunelle, *supra*, and Dowd and Lefebvre, *supra*. These differences of opinion arise out of the drafting of s. 18.2.

It seems to me to be consistent with the spirit of the *Quebec Charter* and with the decisions of this Court to place the burden of establishing an objective connection between the offence committed and the position held or applied for on the employer. It is settled law under s. 20 of the *Quebec Charter* that, once there is *prima facie* evidence of discrimination, the burden shifts to the employer to prove, on a preponderance of evidence, that there was a *bona fide* and reasonable justification for the action taken: *Meiorin, supra*, and *Grismer, supra*. The same logic must be applied to the justification rules provided for in s. 18.2 which, as we have seen, take the place of *bona fide* occupational requirement.

On the other hand, I would note that in other jurisdictions the *bona fide* occupational requirement defence is expressly made available for the case of discrimination based on criminal record: *British Columbia Human Rights Code*, s. 13(4), *Ontario Human Rights Code*, s. 24(1)(b), *Northwest Territories Fair Practices Act*, s. 2(3), and *Canadian Human Rights Act*, s. 15(a). In those cases as in

Dans les cas où la peine d'emprisonnement affecte la disponibilité de l'employé, le tribunal devra être convaincu, selon la prépondérance de la preuve, que la cause véritable est la déclaration de culpabilité, et que l'indisponibilité invoquée n'est pas seulement un prétexte.

Certains auteurs sont d'avis que l'art. 18.2 exige de plus que le demandeur établisse l'absence de lien entre l'infraction et l'emploi : M. Caron, « Le droit à l'égalité dans la "nouvelle" Charte québécoise telle que modifiée par le projet de loi 86 », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, L'interaction des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne* (1983-84), cours 83, 115, p. 134. D'autres, au contraire, font peser sur les épaules de l'employeur le fardeau d'établir l'existence d'un lien entre l'infraction et l'emploi : *St-Hubert (Ville de) et Syndicat des cols bleus de la Ville de St-Hubert (C.S.D.)*, [1998] R.J.D.T. 525 (T.A.), Brunelle, *loc. cit.*, et Dowd et Lefebvre, *loc. cit.* Cette divergence d'opinions résulte de la rédaction de l'art. 18.2.

Il me paraît davantage conforme à l'esprit de la *Charte québécoise* et à la jurisprudence de la Cour d'imposer à l'employeur le fardeau d'établir l'existence d'un lien objectif entre l'infraction commise et le poste occupé ou convoité. En vertu de l'art. 20 de la *Charte québécoise*, il est acquis qu'advenant une preuve *prima facie* de discrimination, il appartient à l'employeur de prouver, selon la prépondérance de la preuve, que la mesure imposée a une justification réelle et raisonnable : *Meiorin*, précité, et *Grismer*, précité. Or, le même raisonnement s'impose dans le cadre du régime de justification prévu à l'art. 18.2 qui, comme on l'a vu, tient lieu d'exigence professionnelle justifiée.

Par ailleurs, je note que dans d'autres ressorts, le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle justifiée est explicitement prévu pour les cas de discrimination fondée sur les antécédents judiciaires : *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, par. 13(4), *Code des droits de la personne* de l'Ontario, al. 24(1)b), *Loi prohibant la discrimination* des Territoires du Nord-Ouest, par. 2(3),

51

52

53

54

Quebec, the onus is thus on the employer to justify the action taken.

55 What remains to be determined is whether the appellant has discharged its burden of proof in this case.

B. *Application of the principles to the facts of this appeal*

56 There is no doubt that the appellant has established that a reprisal (“dismissal”) was taken against Mr. Roy in his employment. The evidence further shows that Mr. Roy has not obtained a pardon for the offence he committed in 1985. I would also note that, in this case, it is common ground that there was no connection between the fraud and corruption offences and the mechanic’s position that Mr. Roy held with Maksteel. I would mention in passing that the existence of such a connection is essentially determined from the context. Varying requirements may arise out of the degree of responsibility associated with the position that is held or applied for, and the specific nature of an employer’s business. For example, the greater the degree of integrity and trust that a position requires, the easier the connection may be to establish, because expectations of an employee in such a position will be higher.

57 In this case, the question of fact to be determined was whether the appellant had established that having a criminal record was the actual cause of Mr. Roy’s dismissal. At the hearing before the Tribunal, the parties presented contradictory accounts of the events that took place between the time when Mr. Roy was incarcerated and when he was dismissed. The appellant claimed that the respondents were informed of Mr. Roy’s incarceration and of the approximate date of his release on parole (August 5) by his wife, who, first contacted Alain Biron, the plant manager, in early July, and later contacted the respondent Gareau, in mid-July. The appellant said that she informed them that her husband had been incarcerated and tried to obtain a letter stating that Mr. Roy was still employed by Maksteel, in order to expedite his release, and that her request was denied. Mr. Biron and Mr. Gareau denied that they had been informed, and claimed to have had no

et *Loi canadienne sur les droits de la personne*, al. 15a). Dans ces cas ainsi qu’au Québec, il appartient donc à l’employeur de justifier la mesure prise.

Il reste à déterminer si l’appelante s’est acquittée de son fardeau de preuve en l’espèce.

B. *L’application des principes aux faits du présent pourvoi*

Il ne fait pas de doute que l’appelante a établi que M. Roy a subi des représailles (« congédiement ») dans le cadre de son emploi. La preuve révèle par ailleurs que M. Roy n’a pas obtenu de pardon pour l’infraction qu’il a commise en 1985. Je note aussi qu’en l’espèce les parties s’entendent sur l’absence de lien entre les infractions de fraude et de pots-de-*devin* et le poste de mécanicien occupé par M. Roy chez Maksteel. Je mentionne, en passant, que la détermination du lien est essentiellement contextuelle. Le degré de responsabilité associé au poste occupé ou convoité et la nature particulière des activités d’un employeur peuvent être source d’exigences variables. Par exemple, plus un poste commande un degré élevé d’intégrité et de confiance, plus le lien pourra être facile à établir parce que les attentes sont plus grandes à l’égard d’un tel employé.

En l’espèce, la question de fait à laquelle il fallait répondre était de savoir si l’appelante avait établi que l’existence des antécédents judiciaires était la cause véritable du congédiement de M. Roy. Devant le Tribunal, les parties ont présenté des versions contradictoires quant aux événements qui se sont déroulés entre l’incarcération de M. Roy et son congédiement. L’appelante a soutenu que c’est la conjointe de M. Roy qui a informé les intimés de l’incarcération de ce dernier et de la date approximative de sa libération conditionnelle (5 août). Celle-ci aurait d’abord communiqué avec M. Alain Biron, directeur d’usine, au début du mois de juillet. Plus tard, vers la mi-juillet, elle aurait communiqué avec l’intimé Gareau. Elle les aurait informés de l’incarcération de son mari et aurait tenté d’obtenir une lettre attestant que M. Roy était toujours à l’emploi de Maksteel dans le but de hâter sa libération. Cette demande lui aurait été refusée. M. Biron et l’intimé

knowledge of Mr. Roy's incarceration until the point when he tried to return to his position, on July 29, 1991. Yvon Lapierre, who was a Maksteel employee and Mr. Roy's supervisor at the time, corroborated the testimony given by Mr. Roy's wife. The Tribunal found the appellant's version to be more credible. It found that on July 15, the date of the dismissal, the respondents were aware of the reason why Mr. Roy had not appeared for work on July 11, 1991. However, the Tribunal did not make a finding of fact on the question of causation identified earlier, because it considered there to be a direct connection between the conviction and the incarceration.

The Court of Appeal noted that no finding was made on that point, and assessed the facts itself. It concluded that it could not be deduced from the fact that the respondents knew that Mr. Roy was incarcerated that he had been dismissed merely because he had been convicted.

This Court is reluctant to intervene where there is no manifest error, even if the finding of fact is made by an appellate court. In *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, Gonthier J., speaking for a unanimous Court, reiterated that the principle of non-intervention by an appellate court in respect of questions of fact applies not only to the first appellate level, but also to a second appellate level, such as this Court in relation to the Court of Appeal (at para. 46):

Despite the freedom with which this Court can reconsider the evidence and "substitute its own findings of fact for that of the first court of appeal's if disagreement occurs" (*Schwartz [v. Canada]*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 37), that disagreement must nonetheless stem from a clear satisfaction that an error has occurred in the first appellate court's assessment of the facts.

This Court must be satisfied that the first appellate court erred in assessing the evidence. In this case, because the fact that Mr. Roy was an exemplary employee is not disputed, this could not have been a dismissal for a disciplinary offence or some other cause of that nature. Accordingly, there are only two reasons that could have been the cause of the dismissal: the fact that Mr. Roy had a

Gareau ont nié avoir été informés, soutenant qu'ils n'ont eu connaissance de l'incarcération de M. Roy qu'au moment où il a tenté de réintégrer son poste de travail le 29 juillet 1991. Monsieur Yvon Lapierre, employé de Maksteel et contremaître de M. Roy à l'époque, a corroboré le témoignage de la conjointe de M. Roy. Le Tribunal a accordé plus de crédibilité à la version de l'appelante. Il a conclu que les intimés connaissaient, le 15 juillet, jour du congédiement, le motif pour lequel M. Roy ne s'était pas présenté au travail le 11 juillet 1991. Le Tribunal n'a cependant pas tiré de conclusion de fait à l'égard de la question de causalité identifiée plus tôt parce qu'il estimait qu'il y avait un lien direct entre la condamnation et l'incarcération.

La Cour d'appel a souligné cette absence de conclusion et a elle-même évalué les faits. Elle a conclu qu'il n'était pas possible de déduire du fait que les intimés savaient que M. Roy était incarcéré que celui-ci avait été congédié du seul fait de sa déclaration de culpabilité.

Notre Cour hésite à intervenir en l'absence d'une erreur manifeste, même si la conclusion de fait est tirée par une cour d'appel. Dans l'arrêt *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, le juge Gonthier, exprimant une opinion unanime de la Cour, y réaffirme que le principe de non-intervention dans les questions de fait s'applique non seulement à un premier niveau d'appel, mais également à un second niveau d'appel, comme notre Cour par rapport à la Cour d'appel (au para. 46) :

Bien qu'il soit loisible à notre Cour de réexaminer la preuve et de « substituer ses propres conclusions de fait à celles de la première cour d'appel en cas de désaccord » (*Schwartz [c. Canada]*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 37), ce désaccord doit néanmoins résulter de la nette conviction qu'une erreur s'est produite dans l'appréciation des faits par la première cour.

Notre Cour doit être convaincue que la première cour d'appel a erré dans son appréciation de la preuve. En l'espèce, comme il n'est pas contesté que M. Roy était un employé exemplaire, il ne pouvait s'agir d'un congédiement pour indiscipline ou une autre cause de cette nature. En conséquence, seuls deux motifs sont susceptibles d'être à l'origine du congédiement : l'existence des antécédents

58

59

60

criminal conviction or the fact that he was not available because he was incarcerated. After reviewing the record, I am not satisfied that the Court of Appeal committed any error such as would warrant intervention by this Court when it found that Mr. Roy was not dismissed owing to the mere fact of his conviction.

61 At first glance, the finding made by the Court of Appeal might suggest that the court placed the burden on the appellant to prove that Mr. Roy's conviction was the sole cause of his dismissal. However, I am satisfied from reading the reasons of Dussault J.A. in their entirety that he did attempt to identify the actual cause of the dismissal. On that point, he said (at para. 54):

[TRANSLATION] However, it might be different if, rather than being sentenced, as was the case here, to a term of nearly six months' imprisonment, the person who was dismissed had been sentenced to a term of only a few days. It could perhaps, in that case, be deduced that the person's incarceration was merely a pretext and that the only real reason for dismissing the person was the fact that he or she had been convicted. [Emphasis added.]

62 Thus Dussault J.A. did examine all of the facts, and stated that he was satisfied that the reason given by the employer absence from work was not a mere pretext. I am therefore of the opinion that the appellant has not shown that the Court of Appeal erred in finding that the actual cause of Mr. Roy's dismissal was the fact that he was not available for work.

### III. Conclusion

63 The right of individuals with criminal convictions to employment and to re-enter the labour market are important values in our society, as can be seen from s. 18.2. In the case of employment, the courts must take a firm stance against discrimination based on criminal record. The saying "once a criminal, always a criminal" has no place in our society. Individuals who have paid their debt to society are entitled to resume their place in society and to live in it without running the risk of being devalued and unfairly stigmatized.

64 An incarcerated employee who has not yet paid his or her debt to society is protected by s. 18.2 in

judiciaires ou l'indisponibilité en raison de l'incarcération. Après étude du dossier, je ne suis pas convaincue que la Cour d'appel a commis une erreur justifiant l'intervention de notre Cour en concluant que M. Roy n'a pas été congédié du seul fait de sa condamnation.

À première vue, la conclusion de la Cour d'appel peut porter à croire que celle-ci a imposé à l'appelante le fardeau de prouver que la déclaration de culpabilité de M. Roy constituait la cause unique de son congédiement. Toutefois, une lecture complète des motifs du juge Dussault me convainc qu'il a cherché à identifier la cause véritable du congédiement. En effet, il affirme que (au par. 54) :

Il pourrait en être autrement toutefois si, plutôt que d'être condamnée, comme ici, à une peine de près de six mois d'emprisonnement, la personne congédiée ne l'était que pour une peine de quelques jours. On pourrait peut-être, alors, en déduire que son incarcération n'est qu'un prétexte et que le seul motif réel de son congédiement est le fait qu'elle a été trouvée coupable. [Je souligne.]

Le juge Dussault a donc examiné tous les faits et s'est dit convaincu que l'absence du travail invoquée par l'employeur n'était pas un simple prétexte. Je suis donc d'avis que l'appelante n'a pas démontré que la Cour d'appel a erré en concluant que la cause véritable du congédiement de M. Roy était son indisponibilité.

### III. Conclusion

Le droit à l'emploi et à la réinsertion dans le marché du travail des personnes condamnées sont des valeurs importantes dans notre société, comme en témoigne l'art. 18.2. En matière d'emploi, les tribunaux doivent dénoncer avec vigueur les cas de discrimination fondée sur les antécédents judiciaires. La maxime « criminel un jour, criminel toujours » n'a pas sa place dans notre société. Les individus qui ont acquitté leur dette envers la société ont droit de la réintégrer et d'y vivre sans courir le risque d'être dévalorisés et injustement stigmatisés.

L'employé incarcéré qui n'a pas encore acquitté sa dette envers la société est visé par l'art. 18.2 dans

the event that he or she can prove that the conviction was the actual cause of the action taken by the employer. Absent such proof, an incarcerated employee cannot compel his or her employer to preserve the employment relationship. Section 18.2 does not protect individuals from the consequences of a lawfully imposed sentence. This conclusion is not the result of choosing a narrow method of interpretation. It is based on the wording of s. 18.2, the purpose of that provision and the objective of the *Quebec Charter* in relation to discrimination in employment.

For all these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons delivered by

BASTARACHE J. —

### I. Introduction

The scope of this appeal is very narrow. We must determine the actual purpose of s. 18.2 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (“*Quebec Charter*”), which offers limited protection to employees who have been convicted of a penal or criminal offence. For the following reasons, I am of the opinion that s. 18.2 of the *Quebec Charter* is of no assistance to an incarcerated employee where the actual cause of the dismissal is the fact that he is not available for work.

### II. Facts and Judicial History

Yvon Roy had been employed by the respondent Maksteel Québec Inc. since 1989 when he was dismissed. He was a mechanic, and had no administrative responsibilities. On Wednesday, June 26, 1991, he was sentenced to a term of imprisonment of six months less a day for offences involving fraud and breach of trust relating to the awarding of contracts at the time he was employed as the maintenance manager with a harbour company. The offences occurred in 1985. Mr. Roy was incarcerated immediately after being convicted. The uncontested evidence was that from Tuesday, June 25, to Wednesday, July 10, 1991, Mr. Roy was on his annual vacation. On Monday, July 15, 1991, the respondent Gareau, the

la mesure où il prouve que sa condamnation a été la cause véritable de la mesure prise par l’employeur. En l’absence de cette preuve, l’employé incarcéré ne peut obliger son employeur à maintenir le lien d’emploi. L’article 18.2 ne protège pas contre les conséquences d’une peine légitimement imposée. Cette conclusion ne résulte pas du choix d’une méthode d’interprétation restrictive. Elle est fondée sur les termes de l’art. 18.2, son objet ainsi que l’objectif de la *Charte québécoise* en matière de discrimination dans l’emploi.

Pour tous ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

### I. Introduction

Cet appel a une portée très limitée. Il s’agit de déterminer l’objet véritable de l’art. 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), qui offre une protection limitée aux travailleurs condamnés d’une infraction pénale ou criminelle. Pour les motifs suivants, je suis d’avis que l’art. 18.2 de la *Charte québécoise* n’est d’aucun secours à un employé incarcéré dont la cause effective du congédiement est l’indisponibilité au travail.

### II. Faits et historique judiciaire

Monsieur Yvon Roy était à l’emploi de l’intimée Maksteel Québec inc. depuis 1989 lorsqu’il a été congédié. Il était mécanicien et n’avait pas de responsabilités administratives. Le mercredi 26 juin 1991, il a été condamné à une peine d’incarcération de six mois moins un jour pour délits de fraude et acceptation de pots-de-vin dans l’attribution de contrats alors qu’il exerçait les fonctions de directeur de l’entretien d’une société portuaire. Ces délits sont survenus en 1985. Monsieur Roy a été incarcéré immédiatement après sa condamnation. Du mardi 25 juin au mercredi 10 juillet 1991, la preuve non contestée indique que M. Roy prenait ses vacances annuelles. Le lundi 15 juillet 1991, l’intimé Gareau,

65

66

67

respondent Maksteel's Vice-President of Finance, wrote to Mr. Roy to inform him that his employment was being terminated because he had not returned to work on Thursday, July 11, 1991. In his letter, Mr. Gareau said that he had heard no news from Mr. Roy since the end of his vacation, and informed him that Maksteel had hired a new mechanic to keep the business running properly.

vice-président aux finances de l'intimée Maksteel, écrivait à M. Roy pour l'informer qu'on mettait fin à son emploi parce qu'il n'était pas retourné au travail le jeudi 11 juillet 1991. Dans sa lettre, M. Gareau mentionnait n'avoir reçu aucune nouvelle de M. Roy depuis la fin de ses vacances et l'informait que Maksteel avait embauché un nouveau mécanicien pour assurer la bonne marche de l'entreprise.

68

The Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ("Commission") applied to the Human Rights Tribunal ("Tribunal"), alleging that the respondents had infringed Mr. Roy's right not to be dismissed owing to the mere fact that he had been convicted of a criminal offence. Because the offence was not connected with Mr. Roy's employment, the Commission found that the respondents had violated s. 18.2 of the *Quebec Charter*. That section reads as follows:

**18.2** No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence.

The Tribunal allowed the Commission's application. In the Tribunal's view, the imprisonment of Mr. Roy resulted from his conviction: [TRANSLATION] "[t]here is no doubt that if an employee is imprisoned, it is certainly because there is, at the starting point, a conviction that is, in a way, the actual cause or primary cause or efficient cause of the dismissal" ([1997] R.J.Q. 2891, at para. 31). Although an employee who is incarcerated does not have an absolute right to retain his or her employment, the Tribunal determined that in this case there had been indirect discrimination, and it was therefore necessary to determine a reasonable accommodation that did not involve undue hardship to the employer. After analysing the evidence, the Tribunal adopted the Commission's submission, and found that the employer [TRANSLATION] "failed to discharge its burden of proving that [it] had attempted to make reasonable accommodation and that no accommodation that did not involve undue hardship was possible" (para. 63).

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission ») a saisi le Tribunal des droits de la personne (« Tribunal ») d'une demande dans laquelle elle alléguait que les intimés avaient porté atteinte au droit de M. Roy de ne pas être congédié du seul fait qu'il a été déclaré coupable d'une infraction criminelle. Puisque l'infraction n'avait aucun lien avec l'emploi de M. Roy, la Commission a conclu que les intimés avaient enfreint l'art. 18.2 de la *Charte québécoise*. L'article se lit comme suit :

**18.2** Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

Le Tribunal a accueilli la demande de la Commission. Selon le Tribunal, l'emprisonnement de M. Roy résultait de sa déclaration de culpabilité : « [n]ul doute que, si l'employé est emprisonné, c'est sûrement qu'il y a au point de départ une déclaration de culpabilité, qui en quelque sorte constitue la véritable cause ou la cause première ou efficiente du congédiement » ([1997] R.J.Q. 2891, par. 31). Bien qu'un employé incarcéré n'ait pas le droit absolu de conserver son emploi, le Tribunal a déterminé qu'en l'espèce, il s'agissait de discrimination indirecte, d'où la nécessité de se prononcer sur l'accommodement raisonnable sans contrainte excessive pour l'employeur. Au terme de son analyse de la preuve, le Tribunal a retenu la version présentée au soutien de la demande de la Commission et a conclu que l'employeur « ne s'est pas décharg[é] de son fardeau de prouver qu'[il] avait tenté un accommodement raisonnable et qu'aucun accommodement n'était possible sans amener de contrainte excessive » (par. 63).

The Quebec Court of Appeal reversed the judgment of the Tribunal and dismissed the Commission's application. It found that the protection of s. 18.2 of the *Quebec Charter* does not extend to [TRANSLATION] "a dismissal where the real cause is the fact that the employee is not available because he is imprisoned, because in that case it cannot be concluded that he was dismissed 'owing to the mere fact' that he was convicted. First, there is plainly another reason to justify the dismissal in that case. Second, there is no direct connection between the dismissal and the conviction, the ground protected by the [Quebec] Charter, because there is an intervening factor between them: the sentence of imprisonment" ([2001] R.J.Q. 28, at para. 47 (emphasis added)). The Court of Appeal also concluded that s. 18.2 did not impose a duty on the employer to make reasonable accommodation. It further observed that the Tribunal had never said that Mr. Roy was dismissed solely because he had been convicted of a criminal offence.

### III. Analysis

The conditions that must be met in order for s. 18.2 to apply were summarized in *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, at para. 140:

Whether this section applies will depend on whether four essential conditions are met: (1) a dismissal, a refusal to hire or any kind of penalty; (2) in the person's employment; (3) owing to the mere fact that the person was convicted of a penal or criminal offence; (4) if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence.

Only the third condition for s. 18.2 to apply is in issue in this appeal. The question that arises here is therefore whether Mr. Roy was dismissed owing to the mere fact that he was convicted of offences involving fraud and accepting bribes. There is no violation of s. 18.2 unless a conviction that was in no way connected with the employment (or for which the person has been pardoned) is the actual cause of the penalty imposed on the employee. Both the history of the provision and the fact that it introduces a protection that is separate from s. 10 of the *Quebec Charter* support that conclusion.

La Cour d'appel du Québec a infirmé le jugement du Tribunal et rejeté la demande de la Commission. Elle a jugé que la protection de l'art. 18.2 de la *Charte québécoise* ne s'étend pas « à un congédiement dont le motif réel est l'indisponibilité d'un employé en raison de son emprisonnement puisqu'on ne peut, dans ce cas, conclure que le congédiement résulte "du seul fait" que ce dernier a été déclaré coupable. D'une part, il y a bel et bien, alors, un autre motif justifiant le congédiement. D'autre part, il n'y a aucun lien direct entre ce dernier et la déclaration de culpabilité, motif protégé par la charte [québécoise], puisqu'un élément les sépare : la peine d'emprisonnement » ([2001] R.J.Q. 28, par. 47 (je souligne)). La Cour d'appel a aussi conclu que l'art. 18.2 n'imposait pas d'obligation d'accommodement raisonnable à l'employeur. Elle a en outre noté que le Tribunal n'a jamais affirmé que M. Roy avait été congédié pour le seul motif qu'il avait été déclaré coupable d'une infraction criminelle.

### III. Analyse

Les conditions d'application de l'art. 18.2 ont été résumées dans *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 140 :

L'application de cet article dépend de la mise en œuvre de quatre conditions essentielles : (1) un congédiement, un refus d'embauche ou une pénalité quelconque; (2) dans le cadre d'un emploi; (3) du seul fait qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle; (4) si l'infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si elle en a obtenu le pardon.

Ce pourvoi ne met en cause que la troisième condition d'application de l'art. 18.2. La question qui se pose ici est donc celle de savoir si le congédiement de M. Roy résulte du seul fait qu'il a été déclaré coupable de délits de fraude et acceptation de pots-de-vin. L'article 18.2 n'est en effet enfreint que dans le cas où une condamnation n'ayant aucun lien avec l'emploi (ou qui a fait l'objet d'un pardon) constitue la cause effective de la sanction prise à l'égard du travailleur. Tant l'historique de la disposition que le fait qu'elle introduit une protection distincte de l'art. 10 de la *Charte québécoise* appuient cette conclusion.



71 When the *Quebec Charter* was enacted in 1976, it did not contain any express provision relating to discrimination against individuals with criminal records. The courts were correct, at that time, in refusing to find that the reference to “social condition” as one of the listed grounds included criminal record. First, that form of discrimination is not based on the individual’s social condition, but rather on the unlawful acts the individual has committed, regardless of his or her position in society. Second, a contrary interpretation would not have been consistent with the intent of the Quebec legislature, which had provided an exhaustive list of protected grounds in s. 10 (*Therrien, supra*, at para. 137; *Commission des droits de la personne du Québec v. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866 (Sup. Ct.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292; *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Ville de)* (1983), 4 C.H.R.R. D/1444 (Que. Sup. Ct.)).

72 In 1982, after those decisions had been made, and within the framework of a broader reform, the legislature enacted the provision in issue in this appeal. I note with interest that s. 18.2 is much more limited in its application than what the Commission was proposing at the time. The Commission wanted to include “criminal record” and “was convicted of a penal or criminal offence” in s. 10 of the *Quebec Charter* itself; C. Brunelle, “La Charte québécoise et les sanctions de l’employeur contre les auteurs d’actes criminels œuvrant en milieu éducatif” (1995), 29 *R.J.T.* 313, at pp. 321-22.

73 While the rights conferred by the *Quebec Charter* must certainly be interpreted broadly and liberally, the courts must nonetheless respect their actual purpose: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27, at paras. 28-32; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. The interpretation of s. 18.2 advanced by the Commission would clearly extend the protection afforded by that provision well beyond what was intended by the legislature. The Commission cites Canada’s international obligations in support of its position. While international obligations must

Lors de son adoption en 1976, la *Charte québécoise* ne comportait pas de disposition expresse visant la discrimination envers les personnes ayant des antécédents judiciaires. C’est avec raison que les tribunaux refusèrent alors de considérer que la mention de la « condition sociale » au nombre des motifs énumérés s’étendait aux antécédents judiciaires. D’abord, cette forme de discrimination n’est pas fondée sur la condition sociale de l’individu, mais sur les gestes illicites qu’il a posés, peu importe sa position dans la société. Ensuite, une interprétation contraire n’aurait pas été conforme à l’intention du législateur québécois qui avait énuméré limitativement les motifs protégés à l’art. 10 (*Therrien*, précité, par. 137; *Commission des droits de la personne du Québec c. Cie Price Ltée*, J.E. 81-866 (C.S.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Beauport*, [1981] C.P. 292; *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de)* (1983), 4 C.H.R.R. D/1444 (C.S. Qué.)).

À la suite de ces décisions, dans le cadre d’une réforme plus large, le législateur adoptait, en 1982, la disposition dont il est question dans ce pourvoi. Je note avec intérêt que l’art. 18.2 a une portée beaucoup plus limitée que celui que la Commission proposait à cette époque. La Commission voulait inclure les « antécédents judiciaires » ou le fait qu’une personne « ait été déclarée coupable d’une infraction pénale ou criminelle » directement à l’art. 10 de la *Charte québécoise*; C. Brunelle, « La Charte québécoise et les sanctions de l’employeur contre les auteurs d’actes criminels œuvrant en milieu éducatif » (1995), 29 *R.J.T.* 313, p. 321-322.

S’il est vrai que les droits conférés par la *Charte québécoise* doivent être interprétés de façon large et libérale, les tribunaux doivent néanmoins respecter leur objet véritable : *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27, par. 28-32; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344. De toute évidence, l’interprétation de l’art. 18.2 préconisée par la Commission étendrait la protection de cette disposition bien au-delà de ce qui était visé par le législateur. La Commission invoque les obligations internationales du Canada au soutien de sa thèse. Or, s’il est

undeniably be considered in interpreting national human rights legislation (see *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 137), in this case the international instruments cited by the Commission do not support its position since the Quebec scheme is broader than international standards in the matter.

Section 18.2 of the *Quebec Charter* is a separate provision which must be interpreted on the basis of its own wording and its own specific context (*Therrien, supra*, at para. 145). The acts enumerated in s. 18.2 do not constitute “discrimination” within the definition in s. 10; the individuals who have been convicted of a penal or criminal offence are not, by this fact alone, protected by ss. 10.1 to 18.1 or by ss. 19 to 20.1 of the *Quebec Charter*, which prohibit various discriminatory practices. Where the actual cause of an employee’s dismissal is the conviction for a penal or criminal offence that is in no way connected with his or her employment, s. 18.2 protects the employment and nothing more. In the context of s. 18.2, no duty of accommodation arises.

When the legislature enacted s. 18.2, it intended to provide limited, clearly defined protection for individuals convicted of a penal or criminal offence. The sentence imposed on a person who has been convicted of a penal or criminal offence is the direct consequence of the freely made decision to commit that offence, and it must be considered separately from the conviction itself. In my view, this conclusion flows from the use of the expressions “criminal record”, “people who have been in trouble with the law”, and “former offenders”. Those expressions plainly reflect the fact that a distinction has to be made between the immediate and proper consequences of a penal or criminal offence, that is, the sentence imposed, and the unfair measures that might be taken against such a person later because of a prior conviction that was not connected with his or her present employment or employment for which he or she is applying, or because of a prior conviction for which the person has obtained a pardon.

indiscutable que les obligations internationales doivent être considérées dans l’interprétation des lois internes sur les droits de la personne (voir *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137), en l’espèce les instruments internationaux évoqués par la Commission n’appuient pas sa position puisque le régime québécois dépasse les normes internationales en la matière.

L’article 18.2 de la *Charte québécoise* est une disposition distincte qui doit être interprétée suivant ses termes propres et le contexte qui lui est particulier (*Therrien*, précité, par. 145). Les actes énumérés à l’art. 18.2 ne constituent pas une « discrimination » au sens de la définition de l’art. 10; les personnes ayant été déclarées coupables d’une infraction pénale ou criminelle ne sont pas, de ce seul fait, protégées par les art. 10.1 à 18.1, ni les art. 19 à 20.1 de la *Charte québécoise*, qui interdisent diverses pratiques discriminatoires. Lorsque la cause effective du congédiement d’un employé est la déclaration de culpabilité d’une infraction pénale ou criminelle n’ayant aucun lien avec emploi, l’art. 18.2 protège son emploi, sans plus. Dans le contexte de l’art. 18.2, il n’est pas question d’un quelconque devoir d’accommodement.

En adoptant l’art. 18.2, le législateur a voulu fournir une protection limitée et bien définie aux personnes déclarées coupables d’une infraction pénale ou criminelle. La peine imposée à une personne déclarée coupable d’une infraction pénale ou criminelle est la conséquence directe de la décision libre de commettre cette infraction et elle doit être considérée séparément de la condamnation elle-même. Cela découle, selon moi, de l’utilisation des expressions « antécédents judiciaires », « ceux qui ont eu des démêlés avec le système judiciaire » et « ex-délinquants ». Ces expressions reflètent bien le fait qu’il faut faire une distinction entre la conséquence immédiate et légitime d’une infraction pénale ou criminelle, soit la peine imposée, et les mesures injustes qui pourraient être prises contre cette personne plus tard en raison d’une condamnation antérieure qui serait sans lien avec son emploi actuel ou celui qu’elle postule, ou pour laquelle elle aurait obtenu un pardon.

74

75

76

The Commission asserted that if the actual cause of a dismissal were the fact that the employee was absent because he or she were imprisoned, and not the conviction itself, there is nonetheless a violation of s. 18.2 because the imprisonment, or the inability to appear for work that results from it, is simply a consequence of the conviction. If we accepted the Commission's argument, we would have to conclude that an employer who refused to hire an inmate who had not yet finished serving his or her term of imprisonment would be, *prima facie*, in contravention of s. 18.2. Inability to work is a direct consequence of the sentence. The status of former offender, which is the only matter addressed by s. 18.2, does not necessarily result in being unavailable for work. I am not satisfied that the legislature intended to provide people convicted of a penal or criminal offence with more job security than accused persons. Although the purpose of the Act is to minimize the civil consequences of a conviction for a penal or criminal offence, it is not its purpose to eliminate completely the civil consequences of the sentence itself. The deprivation of liberty that is the result of imprisonment, whether temporary detention while awaiting trial or incarceration imposed as a sentence following conviction, has consequences in relation to the ability to engage in a number of activities, including employment, in many cases. There is nothing discriminatory about this. There is no contravention of s. 18.2 if, in fact, the actual cause of the dismissal is absence from work and not the conviction itself: *Boucherville (Ville de) v. Bastien*, J.E. 93-1389 (Sup. Ct.); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 301W v. Brasserie Molson O'Keefe Ltée*, [1995] R.D.J. 329 (C.A.); *Syndicat démocratique des salariés de Sommex v. Larocque*, J.E. 96-2311 (Sup. Ct.); *Syndicat du textile de Montmagny inc. v. Cie des fils spécialisés Cavalier inc.*, [1999] Q.J. No. 1785 (QL) (Sup. Ct.). The British Columbia courts have come to the same conclusion: *McLaughlan v. Fletcher Challenge Canada Ltd.* (2000), 81 B.C.L.R. (3d) 195, 2000 BCCA 584, aff'g (1999), 178 D.L.R. (4th) 546 (B.C.S.C.) (*sub nom. British Columbia (Human Rights Commission) v. British Columbia (Human Rights Tribunal)*), at paras. 51-54.

La Commission fait valoir que si la cause effective d'un congédiement est l'absence de l'employé en raison de son emprisonnement et non de la déclaration de culpabilité elle-même, l'art. 18.2 est néanmoins enfreint car l'emprisonnement et l'incapacité de se présenter au travail qui en résulte ne sont que des conséquences de la déclaration de culpabilité. Si l'on acceptait l'argument de la Commission, il faudrait conclure qu'un employeur enfreindrait à prime abord l'art. 18.2 en refusant d'embaucher un détenu n'ayant pas encore achevé de purger sa peine d'emprisonnement. Or l'incapacité de fournir la prestation de travail est une conséquence directe de la peine. Le statut d'ex-délinquant, seul visé par l'art. 18.2, n'entraîne pas nécessairement l'indisponibilité au travail. Je ne suis pas convaincu que le législateur ait voulu offrir une plus grande sécurité d'emploi aux personnes coupables d'une infraction pénale ou criminelle qu'aux prévenus. Bien que la loi vise à minimiser les conséquences civiles de la condamnation pour une infraction pénale ou criminelle, elle n'a pas pour objet d'éliminer complètement les conséquences civiles de la peine elle-même. La privation de liberté qui résulte de l'emprisonnement, qu'il s'agisse de la détention provisoire en attente d'un procès ou de l'incarcération imposée comme peine à la suite de la condamnation, a des conséquences sur l'exercice de nombreuses activités, dont l'exercice d'un emploi, dans bien des cas. Il n'y a là rien de discriminatoire. L'article 18.2 n'est pas enfreint si, dans les faits, la cause effective du congédiement est l'absence du travail et non la condamnation elle-même : *Boucherville (Ville de) c. Bastien*, J.E. 93-1389 (C.S.); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 301W c. Brasserie Molson O'Keefe Ltée*, [1995] R.D.J. 329 (C.A.); *Syndicat démocratique des salariés de Sommex c. Larocque*, J.E. 96-2311 (C.S.); *Syndicat du textile de Montmagny inc. c. Cie des fils spécialisés Cavalier inc.*, [1999] J.Q. n° 1785 (QL) (C.S.). Les tribunaux de la Colombie-Britannique sont parvenus à la même conclusion : *McLaughlan c. Fletcher Challenge Canada Ltd.* (2000), 81 B.C.L.R. (3d) 195, 2000 BCCA 584, conf. (1999), 178 D.L.R. (4th) 546 (C.S.C.-B.) (*sub nom. British Columbia (Human Rights Commission) c. British Columbia (Human Rights Tribunal)*), par. 51-54.

The position taken by the Commission would have another disturbing consequence; it would mean that if Mr. Roy had been absent from work without reason during the period in question, dismissing him would have been justified by the general rules of the contract of employment, while if his absence were the result of imprisonment, the dismissal would not be justified. That, in my view, would not make any sense.

A number of jurisdictions afford protection against certain measures taken by reason of criminal record. The provisions they have adopted are subject to an exception, in addition to the requirement that the conviction not be connected with the employment, namely that employers may require that “*bona fide* occupational requirements” be met: *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868. In Quebec, s. 20 provides that “[a] distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required for an employment . . . is deemed non-discriminatory”; no such provision appears in s. 18.2. Because an employer cannot argue that the employee’s presence is a *bona fide* occupational requirement in the case of s. 18.2, dismissal of an employee who is imprisoned as a result of a conviction for a penal or criminal offence would still be unjustified if the conviction were in no way connected with the employment, regardless of how long the term of imprisonment were. That too would be an absurd result.

In my opinion, we must not lose sight of the fundamental distinction between the immediate consequences of the conviction and sentence and the unfair measures taken against a former offender once the person has served his or her sentence and is attempting to regain his or her place in society. In my opinion, the loss of employment as a result of being imprisoned falls into the first category. If the actual cause of the dismissal is the fact that the employee is not available for work, rather than the conviction itself, the employer will not have dismissed the

La position de la Commission aurait une autre conséquence troublante; elle voudrait dire que si M. Roy s’était absenté du travail sans raison durant la période en question, son congédiement aurait été justifié par les règles générales du contrat d’emploi, alors que si son absence résultait de l’emprisonnement, le congédiement n’aurait pas été justifié. Il s’agit là, selon moi, d’un non-sens.

Plusieurs ressorts accordent une protection contre certaines mesures prises en raison des antécédents judiciaires. Les dispositions qu’elles ont adoptées sont sujettes, en plus de l’exigence que la condamnation n’ait aucun lien avec l’emploi, à une exception, soit que les employeurs puissent exiger que soient satisfaites des « exigences professionnelles justifiées » : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868. Au Québec, c’est l’art. 20 qui prévoit qu’« [u]ne distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [. . .] est réputée non discriminatoire »; il n’est pas question de ceci à l’art. 18.2. Puisque l’employeur ne peut plaider que la présence de l’employé est une exigence professionnelle justifiée dans le cas de l’art. 18.2, le congédiement d’un employé emprisonné à la suite d’une déclaration de culpabilité d’une infraction pénale ou criminelle serait toujours injustifié si la déclaration de culpabilité n’a aucun lien avec l’emploi, quelle que soit la durée de l’emprisonnement. Il s’agit là encore d’un résultat absurde.

Selon moi, il ne faut pas perdre de vue la distinction fondamentale entre les conséquences immédiates de la condamnation et de la peine, d’une part, et les mesures injustes prises contre un ex-délinquant une fois qu’il a purgé sa peine et tente de se réintégrer à la société, d’autre part. Selon moi, la perte d’un emploi à la suite d’un emprisonnement relève de la première catégorie. Si la cause effective du congédiement est l’indisponibilité de l’employé pour fournir sa prestation de travail plutôt que la déclaration de culpabilité elle-même, l’employeur

77

78

79

person “owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence” and s. 18.2 will not apply. If, on the other hand, the evidence shows that the actual cause of the dismissal was the conviction itself, and if none of the internal exceptions in s. 18.2 (no connection with the employment or pardon obtained) apply, the employer will have acted contrary to the *Quebec Charter* and the employee will be entitled to the appropriate redress.

80

There is one remaining question of fact: is this a case in which the actual cause of Mr. Roy’s dismissal was not the fact that he was not available, but the fact that he had been convicted of fraud and accepting bribes? The Tribunal was not clear as to the actual cause of Mr. Roy’s dismissal, but the Court of Appeal, after reviewing all of the evidence, concluded that there had been no pretext on the part of the employer. We should not intervene in respect of a question of fact absent evidence of error on the part of the Court of Appeal: *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at para. 46. In this case, there is no reason to believe that the Court of Appeal erred in concluding that the actual cause of Mr. Roy’s dismissal was something other than his conviction.

#### IV. Conclusion

81

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Michael Gareau: Kounadis Perreault, Montréal.*

n’aura pas congédié cette personne « du seul fait qu’elle a été déclarée coupable d’une infraction pénale ou criminelle » et l’art. 18.2 ne s’appliquera pas. Si, par contre, la preuve démontre que la cause effective d’un congédiement était sa culpabilité elle-même, et si aucune des exceptions internes à l’art. 18.2 (absence de lien avec l’emploi ou obtention d’un pardon) ne s’applique, l’employeur aura agi de manière contraire à la *Charte québécoise* et l’employé pourra obtenir la réparation appropriée.

Une question de faits subsiste : s’agit-il en l’espèce d’un cas où la cause effective du congédiement de M. Roy n’était pas son indisponibilité, mais le fait qu’il ait été déclaré coupable de fraude et qu’il ait accepté des pots-de-vin? Le Tribunal n’a pas été clair quant à la cause effective du renvoi de M. Roy, mais la Cour d’appel, après avoir revu toute la preuve, a conclu à l’absence de prétexte de la part de l’employeur. Il n’y a pas lieu d’intervenir dans une question de faits en l’absence de preuve indiquant une erreur de la part de la Cour d’appel : *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 46. En l’espèce, il n’y a pas de raison de croire que la Cour d’appel a fait une erreur en parvenant à la conclusion que la cause effective du congédiement de M. Roy était autre que sa déclaration de culpabilité.

#### IV. Conclusion

Pour ces motifs, je propose de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l’appelante : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.*

*Procureurs de l’intimé Michael Gareau : Kounadis Perreault, Montréal.*

**Estate of Manish Odhavji, deceased,  
Pramod Odhavji, Bharti Odhavji and Rahul  
Odhavji** *Appellants (Plaintiffs)*

v.

**Detective Martin Woodhouse, Detective  
Constable Philip Gerrits, Officer John  
Doe, Officer Jane Doe, Metropolitan  
Toronto Chief of Police David Boothby,  
Metropolitan Toronto Police Services  
Board and Her Majesty The Queen in  
Right of Ontario** *Respondents (Defendants)*

and between

**Metropolitan Toronto Chief of Police  
David Boothby** *Appellant on cross-appeal*

v.

**Estate of Manish Odhavji, deceased,  
Pramod Odhavji, Bharti Odhavji and Rahul  
Odhavji** *Respondents on cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada, Attorney  
General of British Columbia, Canadian Civil  
Liberties Association, Urban Alliance on Race  
Relations, African Canadian Legal Clinic,  
Mental Health Legal Committee, Association  
in Defence of the Wrongfully Convicted and  
Innocence Project of Osgoode Hall Law  
School** *Interveners*

INDEXED AS: ODHAVJI ESTATE v. WOODHOUSE

Neutral citation: 2003 SCC 69.

File No.: 28425.

2003: February 17; 2003: December 5.

**Succession de feu Manish Odhavji,  
Pramod Odhavji, Bharti Odhavji et Rahul  
Odhavji** *Appelants (Demandeurs)*

c.

**Déetective Martin Woodhouse, Gendarme-  
détective Philip Gerrits, Agent John Doe,  
Agente Jane Doe, Chef de police de la  
communauté urbaine de Toronto David  
Boothby, Commission de services  
policiers de la communauté urbaine de  
Toronto et Sa Majesté la Reine du chef de  
l'Ontario** *Intimés (Défendeurs)*

et entre

**Chef de police de la communauté  
urbaine de Toronto David  
Boothby** *Appelant dans le pourvoi incident*

c.

**Succession de feu Manish Odhavji,  
Pramod Odhavji, Bharti Odhavji et Rahul  
Odhavji** *Intimés dans le pourvoi incident*

et

**Procureur général du Canada, procureur  
général de la Colombie-Britannique,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Alliance urbaine sur les relations inter-  
raciales, African Canadian Legal Clinic,  
Mental Health Legal Committee, Association  
in Defence of the Wrongly Convicted et  
Innocence Project of Osgoode Hall Law  
School** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SUCCESSION ODHAVJI c. WOODHOUSE

Référence neutre : 2003 CSC 69.

N° du greffe : 28425.

2003 : 17 février; 2003 : 5 décembre.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

*Practice — Motion to strike — Police officers involved in fatal shooting — Actions brought by estate and family of victim — Statement of claim alleging misfeasance in public office against police officers and chief of police and negligence against chief of police, police services board and province — Actions based on failure of police officers to cooperate in SIU investigation — Whether portions of statement of claim should be struck out as disclosing no reasonable cause of action — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01(1)(b).*

*Pratique — Requête en radiation — Agents de police mêlés à une fusillade fatale — Actions intentées par la succession et la famille de la victime — Allégations dans la déclaration touchant la faute dans l'exercice d'une charge publique de la part des agents de police et du chef de police, ainsi que la négligence du chef de police, de la commission des services policiers et de la province — Actions fondées sur l'omission des agents de police de collaborer à l'enquête de l'UES — Y a-t-il lieu de radier des parties de la déclaration pour absence de cause d'action fondée? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01(1)b).*

*Torts — Tort of misfeasance in public office — Chief of police and police officers — Victim killed by police — Police officers involved in shooting not complying with statutory duty to cooperate with SIU investigation — Plaintiffs bringing actions in misfeasance in public office against police officers and chief of police — Whether tort of misfeasance in public office can arise from misconduct involving breaches of statutory duty — Whether tort limited to unlawful exercises of statutory or prerogative powers.*

*Délits civils — Délit de faute dans l'exercice d'une charge publique — Chef de police et agents de police — Victime tuée par la police — Les agents de police mêlés à la fusillade ne se sont pas conformés à l'obligation que leur impose la loi de collaborer à l'enquête de l'UES — Les demandeurs ont intenté des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique contre les agents de police et le chef de police — Le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique peut-il résulter de l'inconduite fondée sur des manquements à une obligation imposée par la loi? — Le délit se limite-t-il à l'exercice illégitime de pouvoirs conférés par la loi ou découlant d'une prérogative?*

*Torts — Negligence — Duty of care — Victim killed by police — Police officers involved in shooting not complying with statutory duty to cooperate with SIU investigation — Plaintiffs bringing actions in negligence against chief of police, police services board and province — Whether they owed plaintiffs duty to take reasonable care to ensure that police officers cooperated with investigation.*

*Délits civils — Négligence — Obligation de diligence — Victime tuée par la police — Les agents de police mêlés à la fusillade ne se sont pas conformés à l'obligation que leur impose la loi de collaborer à l'enquête de l'UES — Les demandeurs ont intenté des actions pour négligence contre le chef de police, la commission des services policiers et la province — Ceux-ci étaient-ils tenus envers les demandeurs de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer que les agents de police collaborent à l'enquête?*

*Costs — Court of Appeal's costs award — Plaintiffs submitting that they are public interest litigants and should not have been required to pay costs — Actions involving public authorities and raising issues of public interest insufficient to alter essential nature of litigation — Plaintiffs not falling within definition of public interest litigants — No clear and compelling reasons to interfere with Court of Appeal's decision to award costs in*

*Dépens — Adjudication des dépens par la Cour d'appel — Demandeurs faisant valoir qu'étant parties à un litige d'intérêt public, ils n'auraient pas dû être condamnés aux dépens — Le fait que les actions mettent en cause les autorités publiques et soulèvent des questions d'intérêt public ne suffit pas à modifier la nature fondamentale du litige — Les demandeurs ne correspondent pas à la définition de parties à un litige d'intérêt public — Aucun*

*accordance with usual rule that successful party is entitled to costs.*

O was fatally shot by police officers. The Special Investigation Unit ("SIU") began an investigation. The police officers involved in the incident did not comply with SIU requests that they remain segregated, that they attend interviews on the same day as the shooting, and that they provide shift notes, on-duty clothing, and blood samples in a timely manner. Under s. 113(9) of the Ontario *Police Services Act*, members of the force are under a statutory obligation to cooperate with SIU investigations and, under s. 41(1), a chief of police is required to ensure that members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the Act. The SIU cleared the officers of any wrongdoing. O's estate and family commenced a variety of actions. The statement of claim alleged that the lack of a thorough investigation into the shooting incident had caused them to suffer mental distress, anger, depression and anxiety. They claimed that the officers' failure to cooperate with the SIU gave rise to actions for misfeasance in a public office against the officers and the Chief of Police, and to actions for negligence against the Chief, the Metropolitan Toronto Police Services Board, and the Province. The defendants brought motions under rule 21.01(1)(b) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* to strike out the claims on the ground that they disclose no reasonable cause of action. The motions judge and the Court of Appeal struck out portions of the statement of claim. In this Court, the plaintiffs appeal against the Court of Appeal's decision to strike the claims for misfeasance in a public office against the officers and the Chief, and the claims for negligence against the Board and the Province. The Chief cross-appeals against the Court of Appeal's decision to allow an action for negligence against him to proceed.

*Held:* The appeal should be allowed in part and the cross-appeal dismissed. The actions in misfeasance in a public office against the police officers and the Chief and the action in negligence against the Chief should be allowed to proceed. The actions in negligence against the Board and the Province should be struck from the statement of claim.

Under rule 21.01(1)(b), a court may strike out a statement of claim for disclosing no reasonable cause of action when it is plain and obvious that the action is

*motif clair et impérieux ne justifie de modifier la décision de la Cour d'appel d'adjuger les dépens à la partie ayant obtenu gain de cause, conformément à la règle usuelle.*

O a été mortellement atteint par des coups de feu tirés par des agents de police. L'unité des enquêtes spéciales (« UES ») a ouvert une enquête. Les agents mêlés à l'incident ne se sont pas pliés aux demandes de l'UES, soit de demeurer isolés l'un de l'autre, de se rendre disponibles le jour même pour un interrogatoire et de remettre, dans les délais impartis, les notes de leur quart de travail, leurs uniformes ainsi que des prélèvements sanguins. Suivant le par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers* de l'Ontario, les membres de corps de police sont tenus de collaborer aux enquêtes de l'UES et, en vertu du par. 41(1), le chef de police doit veiller à ce que les membres du corps policier exercent leurs fonctions conformément à la loi. L'UES a exonéré les agents de toute faute. La succession et la famille de O ont intenté une série d'actions. Dans leur déclaration, les demandeurs prétendent que l'absence d'enquête approfondie sur la fusillade leur a causé des souffrances morales, de la colère, des dépressions et de l'anxiété. Ils allèguent que l'omission des agents de collaborer avec l'UES a donné ouverture à des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique contre les agents et le chef de police, ainsi qu'à des actions pour négligence contre le chef, la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto et la province. Les défendeurs ont présenté des requêtes en vertu de l'al. 21.01(1)b) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario en vue de faire radier les demandes pour le motif qu'elles ne révèlent aucune cause d'action fondée. Le juge des requêtes et la Cour d'appel ont radié des parties de la déclaration. Devant notre Cour, les demandeurs se pourvoient contre la décision de la Cour d'appel de radier les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique engagées contre les agents et le chef, ainsi que les actions pour négligence engagées contre la commission et la province. Le chef a déposé un pourvoi incident contre la décision de la Cour d'appel de permettre l'instruction de l'action pour négligence intentée contre lui.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie et le pourvoi incident est rejeté. Il y a lieu de permettre l'instruction des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique intentées contre les agents et le chef de police ainsi que de l'action pour négligence dirigée contre le chef. Les actions pour négligence contre la commission et la province sont radiées de la déclaration.

Suivant l'al. 21.01(1)b), un tribunal peut radier une déclaration pour absence de cause d'action fondée s'il est évident et manifeste que l'action est vouée à l'échec



certain to fail because the statement of claim contains a radical defect. In this case, if the facts of the motion to strike are taken as pleaded, it is not plain and obvious that the actions for misfeasance in a public office against the police officers and the Chief must fail.

The failure of a public officer to perform a statutory duty can constitute misfeasance in a public office. Misfeasance is not limited to unlawful exercises of statutory or prerogative powers. It is an intentional tort distinguished by (1) deliberate, unlawful conduct in the exercise of public functions; and (2) awareness that the conduct is unlawful and likely to injure the plaintiff. The requirement that the defendant must have been aware that his or her unlawful conduct would harm the plaintiff establishes the required nexus between the parties. A plaintiff must also prove the requirements common to all torts, specifically, that the tortious conduct was the legal cause of his or her injuries, and that the injuries suffered are compensable in tort law.

Here, the statement of claim pleads each of the constituent elements of the tort. The officers' alleged failure to cooperate with the SIU investigation and the Chief's alleged failure to ensure that they did cooperate both constitute unlawful breaches of statutory duties under the *Police Services Act*. The allegation that the officers' acts and omissions "represented intentional breaches of their legal duties as police officers" satisfies the requirement that the officers were aware that their conduct was unlawful and that it was intentional and deliberate. The allegation that the Chief deliberately failed to segregate the officers satisfies the requirement that he intentionally breached his legal obligation to ensure compliance with the *Police Services Act*. However, the same cannot be said of his alleged failures to ensure that the officers produced timely and complete notes, attended interviews, and provided accurate and complete accounts. A mere failure to discharge obligations of an office cannot constitute misfeasance in a public office and the plaintiffs must prove the failures were deliberate. The allegation that the officers and the Chief "ought to have known" that their misconduct would cause the plaintiffs to suffer must be struck from the statement of claim because misfeasance in a public office is an intentional tort requiring subjective awareness that harm to the plaintiff is a likely consequence of the alleged misconduct. Lastly, at the pleadings stage, it is sufficient with respect to damages that the statement of claim alleges mental distress, anger, depression and anxiety as a consequence of the alleged misconduct, but the plaintiffs

parce que la déclaration contient un vice fondamental. En l'espèce, si l'on tient pour avérés les faits allégués dans la requête en radiation, il n'est pas évident et manifeste que les actions intentées contre les agents de police et le chef pour faute dans l'exercice d'une charge publique sont vouées à l'échec.

Le défaut, pour un fonctionnaire public, de remplir une obligation que la loi lui impose peut constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique. Cette faute ne se limite pas à l'exercice illégitime de pouvoirs conférés par la loi ou la prérogative. C'est un délit intentionnel caractérisé par (1) une conduite illégitime et délibérée dans l'exercice de fonctions publiques; et (2) la connaissance du caractère illégitime de la conduite et de la probabilité de préjudice à l'égard du demandeur. L'exigence voulant que le défendeur ait su que sa conduite illégitime nuirait au demandeur établit le lien requis entre les parties. Le demandeur doit aussi établir l'existence des conditions communes à tous les délits, à savoir, plus précisément, que les préjudices qu'il a subis ont pour cause juridique la conduite délictuelle, et que ces préjudices sont indemnisables suivant les règles de droit applicables en matière délictuelle.

En l'espèce, on a allégué dans la déclaration tous les éléments constitutifs du délit. L'omission alléguée des agents de collaborer à l'enquête de l'UES et l'omission alléguée du chef de s'assurer de leur collaboration effective à l'enquête constituent toutes deux des manquements aux obligations imposées par la *Loi sur les services policiers*. L'allégation portant que les actes et les omissions des agents « constituent des manquements intentionnels aux obligations légales qui leur incombent en tant qu'agents de police » satisfait à l'exigence de la connaissance, par les agents, de l'illégitimité de leur conduite et du caractère intentionnel et délibéré de celle-ci. L'allégation relative à l'omission délibérée du chef d'isoler les agents satisfait à l'exigence d'un manquement intentionnel de sa part à son obligation de veiller au respect de la *Loi sur les services policiers*. Toutefois, on ne peut en dire autant de l'omission qui lui est reprochée de s'assurer que les agents produisent leurs notes intégralement et dans les délais impartis, qu'ils se soumettent aux interrogatoires et qu'ils fassent un récit fidèle et complet de l'incident. Le simple défaut de s'acquitter des obligations propres à sa charge ne peut constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique et les demandeurs doivent prouver que les manquements étaient délibérés. L'allégation que les agents et le chef « devaient savoir » que leur inconduite causerait des souffrances aux demandeurs doit être radiée de la déclaration parce que la faute commise dans l'exercice d'une charge publique est un délit intentionnel qui nécessite une conscience subjective de la probabilité que le demandeur subira un préjudice

will have to prove at trial that the alleged misconduct caused anxiety or depression of sufficient magnitude to warrant compensation.

To succeed with their actions in negligence against the Chief, the Board, and the Province, the plaintiffs must first establish that these defendants owed the plaintiffs a duty to take reasonable care to ensure that the police officers cooperated with the SIU investigation. To do so, the plaintiffs must demonstrate that: (1) the harm complained of is a reasonably foreseeable consequence of the alleged breach; (2) there is sufficient proximity between the parties that it would not be unjust or unfair to impose a duty of care on the defendants; and (3) there exist no policy reasons to negative or otherwise restrict that duty.

The circumstances of this case raise a *prima facie* duty of care owed by the Chief to the plaintiffs. First, it is reasonably foreseeable that the officers' failure to cooperate with the SIU investigation would harm the plaintiffs. As the Chief was responsible for ensuring that cooperation, it is reasonably foreseeable that his failure to do so would harm the plaintiffs. Second, a finding of proximity is supported by the relatively direct causal link between the alleged misconduct — negligent supervision — and the complained of harm, and by the fact that members of the public reasonably expect a chief of police to be mindful of the injuries that might arise as a consequence of police misconduct. The public expectation is consistent with the statutory obligations the *Police Services Act* imposes on the Chief. No broad policy considerations exist that ought to negative the *prima facie* obligation of the Chief to prevent the misconduct. With respect to damages, the same principles set out in the context of the actions in misfeasance in a public office are applicable.

The relationship between the plaintiffs and the Board and the Province, however, are not such that a duty of care may rightly be imposed. The Board is not under a private law duty to ensure that police officers, as a matter of general practice, cooperate with the SIU. There is no close causal connection between the misconduct alleged against the Board and the alleged harm. The

par suite de l'inconduite alléguée. Enfin, au stade des actes de procédure, il suffit, en ce qui concerne les dommages, d'alléguer dans la déclaration les souffrances morales, la colère, les dépressions et l'anxiété ayant résulté de l'inconduite reprochée, mais les demandeurs devront démontrer au procès qu'ils ont souffert, du fait de l'inconduite alléguée, de problèmes d'anxiété et de dépression tels qu'ils justifient l'octroi d'une indemnité.

Pour avoir gain de cause dans leurs actions pour négligence dirigées contre le chef, la commission et la province, les demandeurs doivent d'abord établir que ces défendeurs étaient tenus de prendre raisonnablement soin de s'assurer que les agents de police collaborent à l'enquête de l'UES. Pour ce faire, les demandeurs doivent démontrer les éléments suivants : (1) le préjudice reproché est une conséquence raisonnablement prévisible du manquement allégué; (2) un lien suffisamment étroit unit les parties, de sorte qu'il ne serait pas injuste ou inéquitable d'imposer une obligation de diligence aux défendeurs; (3) aucune considération de politique générale n'écarte cette obligation ou n'en restreint par ailleurs la portée.

Les circonstances de la présente espèce établissent à première vue l'existence d'une obligation de diligence du chef envers les demandeurs. Premièrement, on pouvait raisonnablement prévoir que l'omission des agents de collaborer à l'enquête de l'UES causerait préjudice aux demandeurs. Le chef ayant la charge d'assurer cette collaboration, on pouvait raisonnablement prévoir que son défaut à cet égard causerait préjudice aux demandeurs. Deuxièmement, une conclusion de proximité est étayée par le lien de causalité relativement direct entre l'inconduite alléguée — la surveillance négligente — et le préjudice reproché, ainsi que par le fait que les membres du public s'attendent raisonnablement à ce qu'un chef de police se soucie des préjudices qu'une inconduite policière est susceptible de causer. Cette attente du public est compatible avec les obligations que la *Loi sur les services policiers* impose au chef. Il n'y a pas de considérations de politique générale susceptibles d'écarter l'obligation *prima facie* qui incombe au chef de prévenir l'inconduite. En ce qui concerne les dommages, on applique les mêmes principes que ceux énoncés dans le contexte des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique.

Le lien entre les demandeurs, d'une part, et la commission et la province, d'autre part, ne permet toutefois pas de justifier l'imposition d'une obligation de diligence. La commission n'a pas une obligation de droit privé de veiller en général à ce que les agents de police collaborent avec l'UES. Il n'existe pas de lien étroit de causalité entre l'inconduite alléguée de la commission et

Board does not supervise officers and is not involved in their day-to-day conduct. This weakens substantially the nexus between the Board and members of the public injured as a consequence of police misconduct. Further, the Board has no statutory obligation to ensure that police officers cooperate with the SIU. Courts should be loath to interfere with the Board's broad discretion to determine what objectives and priorities to pursue or what policies to enact, and a decision not to enact additional policies or training procedures for the purpose of ensuring cooperation under s. 113(9) does not constitute a breach of its obligation to provide adequate and effective police services.

Similarly, the Province does not have a private law obligation to institute policies and training procedures for the purpose of ensuring that police officers, as a matter of general policy, cooperate with the SIU. There is insufficient proximity between the parties to conclude that the Province is under a private law obligation to ensure that members of the force comply with an SIU investigation. The Province is too far removed from the day-to-day conduct of members of the force and the Solicitor General is not under a statutory obligation to ensure that police officers cooperate with the SIU. The Solicitor General's decision not to enact additional policies or training procedures in respect of s. 113(9) does not constitute a breach of his duty to ensure that the Board provides adequate and effective police services.

### Cases Cited

**Applied:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **explained:** *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; **referred to:** *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Powder Mountain Resorts Ltd. v. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14, 2001 BCCA 619; *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) v. Nilsson* (2002), 220 D.L.R. (4th) 474, 2002 ABCA 283, aff'g (1999), 70 Alta. L.R. (3d) 267, 1999 ABQB 440; *Northern Territory of Australia v. Mengel* (1995), 129 A.L.R. 1; *Henly v. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Garrett v. Attorney-General*, [1997] 2 N.Z.L.R. 332; *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)*, [2000] 2 W.L.R. 1220; *Granite Power Corp. v. Ontario*, [2002] O.J. No. 2188 (QL); *R. v. Dytham*, [1979] Q.B.

le préjudice reproché. La commission n'exerce aucune supervision à l'égard des agents et elle ne s'immisce pas directement dans leurs opérations quotidiennes. Cela affaiblit considérablement le lien entre la commission et les membres du public lésés par l'inconduite policière. De plus, la commission n'a pas l'obligation légale de veiller à ce que les agents de police collaborent avec l'UES. Les tribunaux devraient répugner à s'immiscer dans l'exercice du large pouvoir discrétionnaire de la commission de déterminer les objectifs et les priorités à atteindre ou les politiques à élaborer, et la décision de ne pas élaborer d'autres politiques ou procédures de formation pour assurer la collaboration au regard du par. 113(9) ne constitue pas un manquement à son obligation relative à la prestation de services policiers convenables et efficaces.

De même, la province n'est pas tenue à une obligation de droit privé de mettre en place des politiques et des procédures de formation en vue de s'assurer de la collaboration générale des agents de police avec l'UES. Il n'existe pas entre les parties une proximité suffisante pour conclure que la province est soumise à une obligation de droit privé de veiller à ce que les membres du corps policier collaborent à une enquête de l'UES. La province est trop éloignée des opérations quotidiennes des membres du corps policier et la loi n'impose pas au solliciteur général l'obligation de s'assurer que les agents de police collaborent avec l'UES. La décision du solliciteur général de ne pas mettre sur pied d'autres politiques ou procédures de formation au regard du par. 113(9) ne constitue pas un manquement à son obligation de veiller à ce que la commission offre des services policiers convenables et efficaces.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **arrêt expliqué :** *R. c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; **arrêts mentionnés :** *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Ashby c. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Powder Mountain Resorts Ltd. c. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14, 2001 BCCA 619; *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) c. Nilsson* (2002), 220 D.L.R. (4th) 474, 2002 ABCA 283, conf. (1999), 70 Alta. L.R. (3d) 267, 1999 ABQB 440; *Northern Territory of Australia c. Mengel* (1995), 129 A.L.R. 1; *Henly c. Mayor of Lyme* (1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995; *Garrett c. Attorney-General*, [1997] 2 N.Z.L.R. 332; *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)*, [2000] 2 W.L.R. 1220; *Granite Power Corp. c. Ontario*, [2002] O.J.

722; *Uni-Jet Industrial Pipe Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2001), 156 Man. R. (2d) 14, 2001 MBCA 40; *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 216; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

#### Statutes and Regulations Cited

*Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, ss. 3(2), 31(1), 41(1), 113(1), (9).  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 21.01(1)(b), 57.01(1).  
*Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, r. 19(24)(a).

#### Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.  
 Smith, John William. *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law*, 13th ed. Toronto: Carswell, 1929.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 52 O.R. (3d) 181, 194 D.L.R. (4th) 577 (*sub nom. Odhavji Estate v. Toronto Metropolitan Police Force*), 142 O.A.C. 149, 3 C.C.L.T. (3d) 226, [2000] O.J. No. 4733 (QL), varying a judgment of the Ontario Court (General Division), [1998] O.J. No. 5426 (QL). Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed.

*Julian N. Falconer* and *Richard Macklin*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

*Kevin McGivney*, *Cheryl Woodin* and *Robert W. Traves*, for the respondents Woodhouse and Gerrits.

*Ansuya Pachai* and *Kerri Kitchura*, for the respondent/appellant on cross-appeal the Metropolitan Toronto Chief of Police David Boothby

No. 2188 (QL); *R. c. Dytham*, [1979] Q.B. 722; *Uni-Jet Industrial Pipe Ltd. c. Canada (Attorney General)* (2001), 156 Man. R. (2d) 14, 2001 MBCA 40; *Guay c. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 216; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Le Lievre c. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 3(2), 31(1), 41(1), 113(1), (9).  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 21.01(1)(b), 57.01(1).  
*Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, règle 19(24)(a).

#### Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney : LBC Information Services, 1998.  
 Smith, John William. *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law*, 13th ed. Toronto : Carswell, 1929.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 52 O.R. (3d) 181, 194 D.L.R. (4th) 577 (*sub nom. Odhavji Estate c. Toronto Metropolitan Police Force*), 142 O.A.C. 149, 3 C.C.L.T. (3d) 226, [2000] O.J. No. 4733 (QL), qui a modifié un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1998] O.J. No. 5426 (QL). Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté.

*Julian N. Falconer* et *Richard Macklin*, pour les appelants/intimés dans le pourvoi incident.

*Kevin McGivney*, *Cheryl Woodin* et *Robert W. Traves*, pour les intimés Woodhouse et Gerrits.

*Ansuya Pachai* et *Kerri Kitchura*, pour l'intimé/appelant dans le pourvoi incident David Boothby, chef de police de la communauté urbaine de Toronto,

and the respondent the Metropolitan Toronto Police Services Board.

*John P. Zarudny, Troy Harrison and James Kendik*, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Ontario.

*David Sgayias, Q.C.*, and *Anne M. Turley*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*D. Clifton Prowse and J. Gareth Morley*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *John B. Laskin* and *Kristine M. Di Bacco*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Peter J. Pliszka* and *Anne C. McConville*, for the intervener the Urban Alliance on Race Relations.

Written submissions only by *Marie Chen* and *Sheena Scott*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

Written submissions only by *Suzan E. Fraser* and *Najma Jamaldin*, for the intervener the Mental Health Legal Committee.

Written submissions only by *Sean Dewart* and *Louis Sokolov*, for the intervener the Association in Defence of the Wrongfully Convicted.

Written submissions only by *Marlys A. Edwardh* and *Breese Davies* for the intervener the Innocence Project of Osgoode Hall Law School.

The judgment of the Court was delivered by

et l'intimée la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto.

*John P. Zarudny, Troy Harrison et James Kendik*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

*David Sgayias, c.r.*, et *Anne M. Turley*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*D. Clifton Prowse et J. Gareth Morley*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *John B. Laskin* et *Kristine M. Di Bacco*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Peter J. Pliszka* et *Anne C. McConville*, pour l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales.

Argumentation écrite seulement par *Marie Chen* et *Sheena Scott*, pour l'intervenante African Canadian Legal Clinic.

Argumentation écrite seulement par *Suzan E. Fraser* et *Najma Jamaldin*, pour l'intervenant Mental Health Legal Committee.

Argumentation écrite seulement par *Sean Dewart* et *Louis Sokolov*, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongfully Convicted.

Argumentation écrite seulement par *Marlys A. Edwardh* et *Breese Davies* pour l'intervenant Innocence Project of Osgoode Hall Law School.

Version française du jugement de la Cour rendu par

1 IACOBUCCI J. — This appeal concerns actions for misfeasance in a public office and negligence within the context of motions to strike the actions as disclosing no reasonable cause of action. Unlike the Court of Appeal, I would permit the actions for misfeasance in a public office to proceed. Like the Court of Appeal, I would permit the action against Metropolitan Toronto Chief of Police David Boothby to proceed, but would strike the actions for negligence against the Metropolitan Toronto Police

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi traite d'actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique et pour négligence dans le contexte de requêtes visant à les faire radier au motif qu'elles ne révèlent aucune cause d'action fondée. Contrairement à la Cour d'appel, j'autoriserais l'instruction des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique. Comme elle, je permettrais qu'on aille de l'avant avec l'action contre le chef de police David Boothby de la communauté urbaine

Services Board and Her Majesty the Queen in Right of Ontario.

### I. Facts

On September 26, 1997, Manish Odhavji was fatally shot by officers of the Metropolitan Toronto Police Service while running from his vehicle subsequent to a bank robbery. Within 25 minutes of the shooting, an assistant to Metropolitan Toronto Chief of Police David Boothby (the “Chief”) notified the Special Investigations Unit of the Ministry of the Solicitor General (the “SIU”) of the incident.

The SIU is a civilian agency statutorily mandated to conduct independent investigations of police conduct in cases of death or serious injury caused by the police. The SIU began its investigation immediately. It requested that the defendant officers remain segregated, that they make themselves available for same-day interviews, and that they provide their shift notes, on-duty clothing, and blood samples. Under s. 113(9) of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, members of the force are under a statutory obligation to cooperate with members of the SIU in the conduct of the investigation. Under s. 41(1) of the *Police Services Act*, a chief of police is required to ensure that members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the Act.

The estate of Mr. Odhavji and the members of his immediate family (the “plaintiffs”) allege that the defendant officers intentionally breached their statutory obligation to cooperate fully with the SIU investigation. In particular, the plaintiffs allege that the defendant officers did not attend for interviews with the SIU until September 30, that they did not comply with the request to remain segregated, and that they failed to comply with the request for shift notes, on-duty clothing, and blood samples in a timely manner — and that when statements were eventually given to the SIU, they were both inaccurate and misleading. In the plaintiffs’ statement of claim, the lack of a thorough investigation into the

de Toronto, mais je radierais les actions pour négligence dirigées contre la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto et Sa Majesté la Reine du chef de l’Ontario.

### I. Les faits

Le 26 septembre 1997, alors qu’il s’enfuyait de son véhicule à la suite d’un vol de banque, Manish Odhavji a été mortellement atteint par des coups de feu tirés par des agents du service de police de la communauté urbaine de Toronto. Vingt-cinq minutes après la fusillade, un adjoint de David Boothby, chef de police de la communauté urbaine (le « chef »), a signalé l’incident à l’unité des enquêtes spéciales du ministère du Solliciteur général (l’« UES »).

L’UES est un organisme civil à qui la loi confie le mandat de mener des enquêtes indépendantes sur la conduite policière lorsque celle-ci est à l’origine d’un décès ou de blessures graves. Son enquête a débuté immédiatement. L’UES a demandé que les agents défendeurs demeurent isolés l’un de l’autre, qu’ils se rendent disponibles le jour même pour un interrogatoire et qu’ils lui remettent les notes de leur quart de travail, leurs uniformes ainsi que des prélèvements sanguins. Suivant le par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, les membres de corps de police sont tenus de collaborer avec les membres de l’UES dans la conduite de l’enquête. En vertu du par. 41(1) de la même loi, le chef de police doit veiller à ce que les membres de corps de police exercent leurs fonctions conformément à la loi.

La succession de M. Odhavji et les membres de sa proche famille (les « demandeurs ») allèguent que les agents défendeurs ont délibérément manqué à l’obligation que leur impose la loi de collaborer pleinement à l’enquête de l’UES. Plus particulièrement, les demandeurs allèguent que les agents défendeurs ont attendu jusqu’au 30 septembre avant de se présenter pour être interrogés par l’UES, qu’ils ne sont pas demeurés isolés comme on le leur avait demandé et qu’ils ne se sont pas pliés, dans les délais impartis, à la demande d’obtention des notes de leur quart de travail, des uniformes et des prélèvements sanguins — et que, lorsque l’UES a finalement obtenu leurs

2

3

4

shooting incident has caused the plaintiffs to suffer mental distress, anger, depression and anxiety. The plaintiffs further allege that these damages are consequences that the defendant officers and the Chief knew or ought to have known would result from an inadequate investigation into the shooting incident.

5 The actions at issue in this appeal are not related to the allegedly wrongful death of Mr. Odhavji, but, rather, to the defendant officers' alleged failure to cooperate with the SIU. It is the plaintiffs' submission that the foregoing facts give rise to an action for misfeasance in a public office against the defendant officers and the Chief, and actions for negligence against the Chief, the Metropolitan Toronto Police Services Board (the "Board") and Her Majesty the Queen in Right of Ontario (the "Province"). More specifically, this appeal concerns: (i) the plaintiffs' appeal against the Court of Appeal's decision to strike the actions for misfeasance in a public office, and the actions for negligence against the Board and the Province, on the basis that they disclose no reasonable cause of action; and (ii) the Chief's cross-appeal against the Court of Appeal's decision to allow the action for negligence against the Chief to proceed.

## II. Relevant Statutory Provisions

6 *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21

### **RULE 21 DETERMINATION OF AN ISSUE BEFORE TRIAL**

**21.01** (1) A party may move before a judge,

. . . .

(b) to strike out a pleading on the ground that it discloses no reasonable cause of action or defence,

and the judge may make an order or grant judgment accordingly.

déclarations, celles-ci étaient à la fois inexactes et trompeuses. Dans leur déclaration, les demandeurs prétendent que l'absence d'enquête approfondie sur la fusillade leur a causé des souffrances morales, de la colère, des dépressions et de l'anxiété. Ils allèguent en outre que les agents défendeurs et le chef savaient ou devaient savoir qu'il s'agit là de conséquences susceptibles de découler d'une enquête inadéquate sur la fusillade.

Les actions en cause dans le présent pourvoi concernent non pas le décès de M. Odhavji, qu'on dit avoir été causé par la faute d'autrui, mais bien l'omission alléguée des agents défendeurs de collaborer avec l'UES. Les demandeurs prétendent que les faits qui précèdent donnent ouverture à une action contre les agents défendeurs et le chef pour faute dans l'exercice d'une charge publique, ainsi qu'à des actions pour négligence contre le chef, la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto (la « commission ») et Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario (la « province »). Plus particulièrement, le pourvoi vise : (i) l'appel interjeté par les demandeurs contre la décision de la Cour d'appel de radier, au motif qu'elles ne révèlent aucune cause d'action fondée, les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique et pour négligence engagées contre la commission et la province; et (ii) le pourvoi incident déposé par le chef contre la décision de la Cour d'appel de permettre l'instruction de l'action pour négligence intentée contre lui.

## II. Dispositions législatives pertinentes

*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21

### **RÈGLE 21 DÉCISION D'UNE QUESTION AVANT L'INSTRUCTION**

**21.01** (1) Une partie peut demander à un juge, par voie de motion :

. . . .

b) . . . qu'un acte de procédure soit radié parce qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense fondée.

Le juge peut rendre une ordonnance ou un jugement en conséquence.

*Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15*

3. — . . .

(2) The Solicitor General shall,

- (a) monitor police forces to ensure that adequate and effective police services are provided at the municipal and provincial levels;
- (b) monitor boards and police forces to ensure that they comply with prescribed standards of service;

. . .

- (d) develop and promote programs to enhance professional police practices, standards and training;

**31.** — (1) A board is responsible for the provision of police services and for law enforcement and crime prevention in the municipality and shall, [since amended]

. . .

- (b) generally determine, after consultation with the chief of police, objectives and priorities with respect to police services in the municipality;
- (c) establish policies for the effective management of the police force;

. . .

- (e) direct the chief of police and monitor his or her performance;

. . .

(4) The board shall not direct the chief of police with respect to specific operational decisions or with respect to the day-to-day operation of the police force.

**41.** — (1) The duties of a chief of police include,

. . .

- (b) ensuring that members of the police force carry out their duties in accordance with this Act and

*Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15*

3 . . .

(2) Le solliciteur général :

- a) surveille les corps de police pour veiller à ce que des services policiers convenables et efficaces soient offerts aux échelons municipal et provincial;
- b) surveille les commissions de police et les corps de police pour veiller à ce qu'ils se conforment aux normes de service prescrites;

. . .

- d) élabore des programmes visant à accroître le caractère professionnel de la formation, des normes et des pratiques policières, et en fait la promotion;

**31** (1) Les commissions de police sont chargées de la prestation des services policiers, du maintien de l'ordre et de la lutte contre la criminalité dans la municipalité; elles ont les fonctions suivantes : [modifié depuis]

. . .

- b) déterminer généralement, après consultation du chef de police, les objectifs et priorités de la municipalité en matière de services policiers;
- c) établir des politiques en vue de la gestion efficace du corps de police;

. . .

- e) guider le chef de police et surveiller son rendement;

. . .

(4) La commission de police ne doit pas donner de directives au chef de police au sujet de décisions opérationnelles particulières ni des opérations quotidiennes du corps de police.

**41** (1) Le chef de police a notamment pour fonctions :

. . .

- b) de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément à la



the regulations and in a manner that reflects the needs of the community, and that discipline is maintained in the police force;

**113.** — (1) There shall be a special investigations unit of the Ministry of the Solicitor General.

. . .

(9) Members of police forces shall co-operate fully with the members of the unit in the conduct of investigations.

### III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)*, [1998] O.J. No. 5426 (QL)

7

According to Day J., misfeasance in a public office can be established in one of two ways: either by proof of malice with intent to injure, or by proof that the public officer intentionally engaged in acts that were *ultra vires* the scope of his or her office and that she or he could foresee with a degree of certainty that harm would be caused to the plaintiff. As applied to the facts of this case, Day J. concluded that the action against the defendant officers could proceed, but only if the cause of action for misfeasance was framed in malice. He held that it was plain and obvious that the action for misfeasance in a public office against the Chief would fail, owing to the fact that he was not directly and consciously involved in the breach of the obligation to cooperate with the SIU investigation.

8

Day J. allowed the action for negligent supervision against the Chief to proceed on the basis that he made no submissions in respect of this issue. In respect of the actions for negligent supervision against the Board and the Province, Day J. found that there was sufficient proximity between the parties to conclude that the defendants owed a duty of care to the appellants. Nonetheless, Day J. struck the action against the Board, on the basis that a duty of care is negated in situations in which the agency's involvement was limited to establishing policy. He found that the action for negligent supervision against the Province could succeed, on the basis that a cause of action for negligence lies where the

présente loi et aux règlements, en tenant compte des besoins de la collectivité, et à ce que la discipline soit maintenue au sein du corps de police;

**113** (1) Est constituée une unité des enquêtes spéciales qui relève du ministère du Solliciteur général.

. . .

(9) Les membres de corps de police collaborent entièrement avec les membres de l'unité au cours des enquêtes.

### III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, [1998] O.J. No. 5426 (QL)

De l'avis du juge Day, il existe deux façons d'établir la faute dans l'exercice d'une charge publique : soit par la preuve d'une malveillance avec intention d'infliger un préjudice, soit par la preuve que le fonctionnaire public s'est délibérément livré à des actes excédant ses fonctions, alors qu'il pouvait prévoir avec une certaine certitude que le demandeur subirait un préjudice. Vu les faits de l'espèce, le juge Day a conclu que l'action intentée contre les agents défendeurs ne pouvait être instruite que si la cause d'action invoquée au soutien de la faute avait pour fondement la malveillance. Selon lui, il était évident et manifeste que l'action dirigée contre le chef pour faute dans l'exercice d'une charge publique était vouée à l'échec, puisqu'il n'avait participé ni directement ni sciemment au manquement à l'obligation de collaborer à l'enquête de l'UES.

Le juge Day a autorisé l'instruction de l'action engagée contre le chef pour surveillance négligente, parce que celui-ci n'avait présenté aucun argument sur cette question. En ce qui concerne les actions dirigées contre la commission et la province pour surveillance négligente, le juge Day a estimé qu'il y avait entre les parties une proximité suffisante pour conclure à l'existence d'une obligation de diligence de la part des défendeurs envers les appelants. Le juge Day a néanmoins radié l'action contre la commission au motif que l'obligation de diligence est annihilée lorsque la participation de l'organisme se limite à l'élaboration de politiques. À son avis, l'action contre la province pour surveillance négligente

responsible Minister fails to take sufficient steps to implement a particular policy decision, in this instance the decision to establish the SIU.

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 52 O.R. (3d) 181

Borins J.A., for the majority of the court, held that the defining element of misfeasance in a public office is the unlawful exercise of a statutory or prerogative power that adheres to the defendant's office. On this view, the failure of a public officer to perform a statutory duty cannot constitute misfeasance in a public office. Consequently, Borins J.A. found it plain and obvious that neither action for misfeasance in a public office could succeed, owing to the fact that the defendants had not been engaged in the exercise of a statutory or prerogative power that adhered to their respective offices. The most that could be said was that the defendants failed to comply with the obligations imposed upon them by the *Police Services Act*.

In respect of the actions for negligent supervision, Borins J.A. held that the action against the Chief was based on s. 41(1)(b) of the *Police Services Act*, which imposes a duty on a chief of police to ensure that members of the police force carry out their duties in accordance with the Act and its regulations. Borins J.A. concluded that it was not plain and obvious that the action for negligent supervision against the Chief must fail. It was, however, plain and obvious that the actions against the Board and the Province must fail. With respect to the Board, Borins J.A. agreed with Day J. that the Board's involvement was limited to establishing policy. With respect to the Province, Borins J.A. held that the *Police Services Act* does not impose a duty on the Province to control the operational conduct of the municipal police officers or to ensure that police officers comply with

pouvait être accueillie, parce que l'omission par le ministre responsable de prendre les mesures qui s'imposent pour la mise en œuvre d'une décision de politique générale donnée — en l'occurrence celle de constituer l'UES — fait naître une cause d'action fondée sur la négligence.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 52 O.R. (3d) 181

S'exprimant au nom de la cour à la majorité, le juge Borins a statué que l'élément distinctif de la faute commise dans l'exercice d'une charge publique est l'exercice illégitime d'une prérogative ou d'un pouvoir conféré par la loi et inhérent aux fonctions du défendeur. Selon cette interprétation, l'omission par un fonctionnaire public d'exécuter une obligation prévue par la loi ne saurait constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique. En conséquence, de l'avis du juge Borins, il était évident et manifeste que ni l'une ni l'autre des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique ne pouvait être accueillie, étant donné que les défendeurs n'avaient pas exercé une prérogative ou un pouvoir inhérent à leurs fonctions respectives. On pouvait tout au plus affirmer que les défendeurs ont omis de se conformer aux obligations que leur impose la *Loi sur les services policiers*.

En ce qui a trait aux actions fondées sur la surveillance négligente, le juge Borins a considéré que l'action dirigée contre le chef s'appuyait sur l'al. 41(1)b) de la *Loi sur les services policiers*, lequel impose au chef de police l'obligation de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément à la loi et aux règlements. Le juge Borins a conclu qu'il n'était ni évident ni manifeste que l'action contre le chef pour surveillance négligente devait être rejetée. Il était cependant évident et manifeste que les actions dirigées contre la commission et la province étaient vouées à l'échec. Dans le cas de la commission, le juge Borins a convenu avec le juge Day que sa participation se limitait à l'élaboration de politiques. Dans le cas de la province, il a statué que la *Loi sur les services policiers* ne lui imposait pas l'obligation de surveiller la conduite opérationnelle des

their obligation to cooperate with an SIU investigation.

11 Feldman J.A., dissenting, did not agree that it was plain and obvious that the actions for misfeasance in a public office must fail. In her view, the essence of the tort is the misfeasance in or misuse of the office itself; its purpose is to prevent the deliberate injuring of members of the public by the intentional disregard of official duty. Feldman J.A. thus held that there is no principled reason to distinguish between a public officer who improperly exercises a power and a public officer who deliberately fails to carry out a duty where they know or are recklessly indifferent to the fact that injury to the plaintiff is the likely result. Applied to the facts of this case, Feldman J.A. would have found that the actions for misfeasance in a public office should have been allowed to proceed.

12 Feldman J.A. also was of the view that each of the actions for negligent supervision should have been allowed to proceed. She agreed with Borins J.A. that the Province is not under an obligation to ensure that individual officers comply with their statutory obligation to cooperate with the SIU, but noted that the nature of the claim was that the Province failed to implement training procedures or other policies in order to ensure that officers, as a matter of general practice, cooperated with the SIU. Feldman J.A. was uncertain whether the *Police Services Act* imposes a statutory duty on the Province in respect of these operational matters, and thus felt it inappropriate to strike the claim at this stage of the action. In respect of the Board, Feldman J.A. found that it was not immediately clear whether the Board is under an obligation to establish policies and monitor their implementation for the purpose of ensuring that police officers comply with their statutory obligations. Thus, Feldman J.A. would have found that it was not plain and obvious that the actions for negligent supervision could not succeed.

agents de police municipaux ou de veiller à ce que les agents de police se conforment à l'obligation qui leur incombe de collaborer à une enquête de l'UES.

La juge Feldman, dissidente, n'a pas admis qu'il était évident et manifeste que les actions engagées pour la faute dans l'exercice d'une charge publique étaient vouées à l'échec. Selon elle, le délit consiste essentiellement en la faute ou l'abus dans l'exercice en soi de la charge; on vise ainsi à protéger les membres du public contre le préjudice causé délibérément par suite d'une insouciance intentionnelle à l'égard d'une fonction officielle. La juge Feldman a donc estimé qu'aucune raison de principe ne permettait d'établir une distinction entre un fonctionnaire public qui exerce son pouvoir discrétionnaire de manière irrégulière et celui qui omet délibérément d'exercer une fonction, tous deux sachant qu'il en résultera vraisemblablement un préjudice pour le demandeur ou manifestant une indifférence téméraire à cet égard. Vu les faits, la juge Feldman aurait permis l'instruction des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique.

La juge Feldman était aussi d'avis qu'on aurait dû permettre l'instruction des actions pour surveillance négligente. Elle a fait sienne l'opinion du juge Borins voulant que la province ne soit pas tenue de veiller à ce que les agents se conforment sur une base individuelle à leur obligation légale de collaborer avec l'UES, en prenant soin toutefois de souligner que l'allégation portait sur l'omission par la province de mettre en œuvre des procédures de formation ou d'autres politiques pour faire en sorte que les agents collaborent, de manière générale, avec l'UES. Ne pouvant affirmer avec certitude que la *Loi sur les services policiers* impose une obligation à la province à l'égard de ces questions opérationnelles, la juge Feldman a estimé inopportun de radier l'allégation à ce stade des procédures. Pour ce qui est de la commission, la juge Feldman a considéré qu'il n'était pas clair, de prime abord, que la commission était tenue d'élaborer des politiques et d'en surveiller la mise en œuvre afin de veiller à ce que les agents de police remplissent leurs obligations prévues par la loi. Il n'était donc ni évident ni manifeste selon elle que les actions fondées sur la surveillance négligente étaient vouées à l'échec.

#### IV. Analysis

In discussing the issues in this appeal, I will begin by stating the test for striking a statement of claim on the basis that it discloses no reasonable cause of action. I will then consider that test within the context of the actions for misfeasance in a public office, and then within the context of the actions for negligence.

##### A. *Striking Out a Statement of Claim*

The defendants' motions to have the actions dismissed were made pursuant to rule 21.01(1)(b) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. Rule 21.01(1)(b) stipulates that a court may strike out a statement of claim that discloses no reasonable cause of action. The rules with respect to striking out a statement of claim are much the same in other provinces. In British Columbia, for example, rule 19(24)(a) of the *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, states that a court may strike out a pleading on the ground that it discloses no reasonable claim.

An excellent statement of the test for striking out a claim under such provisions is that set out by Wilson J. in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980:

... assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be "driven from the judgment seat". Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect . . . should the relevant portions of a plaintiff's statement of claim be struck out . . .

The test is a stringent one. The facts are to be taken as pleaded. When so taken, the question that must then be determined is whether there it is "plain and obvious" that the action must fail. It is only if the statement of claim is certain to fail because it contains a "radical defect" that the plaintiff should

#### IV. Analyse

J'amorcerai l'analyse des questions soulevées dans le présent pourvoi en énonçant le critère applicable à la radiation d'une déclaration pour absence de cause d'action fondée. Je transposerai ensuite ce critère dans le contexte des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique, puis dans celui des actions pour négligence.

##### A. *La radiation d'une déclaration*

Les requêtes des défendeurs en radiation des actions ont été présentées en vertu de l'al. 21.01(1)(b) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194. Cette disposition prévoit qu'un tribunal peut radier une déclaration qui ne révèle aucune cause d'action fondée. Les règles relatives à la radiation d'une déclaration sont sensiblement les mêmes d'une province à l'autre. En Colombie-Britannique, par exemple, l'al. 19(24)(a) des *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, dispose qu'il est loisible au tribunal de radier un acte de procédure s'il ne révèle aucune cause d'action fondée.

On trouve dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980, un excellent énoncé de la juge Wilson sur le critère applicable à la radiation d'une déclaration sous le régime de ces dispositions :

... dans l'hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il « évident et manifeste » que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d'action raisonnable? Comme en Angleterre, s'il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être « privé d'un jugement ». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d'action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d'intenter son action. Ce n'est que si l'action est vouée à l'échec parce qu'elle contient un vice fondamental [. . .] que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées . . .

Il s'agit là d'un critère rigoureux. Les faits allégués doivent être tenus pour avérés. Ensuite, il faut se demander s'il est « évident et manifeste » que l'action doit être rejetée. Ce n'est que si la déclaration est vouée à l'échec parce qu'elle contient un « vice fondamental » que le demandeur devrait être privé

13

14

15

be driven from the judgment. See also *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

B. *The Actions for Misfeasance in a Public Office*

16

The essence of the Court of Appeal's decision is that the "radical defect" from which the actions for misfeasance in a public office suffer is their failure to plead the constituent elements of the tort. In particular, the Court of Appeal held that the defining element of the tort is the unlawful exercise of the statutory or prerogative powers that adhere to the defendant's office. Because the alleged misconduct involved the breach of a statutory duty rather than the improper or unlawful exercise of a statutory or prerogative power, it is "plain and obvious", on this view, that the actions for misfeasance in a public office cannot succeed.

17

Consequently, I begin by considering the Court of Appeal's conclusion that the unlawful exercise of a statutory or prerogative power is a constituent element of the tort. With respect, a review of the leading cases clearly reveals that the tort is not limited to circumstances in which the defendant officer is engaged in the unlawful exercise of a particular statutory or prerogative power. As I will discuss, the class of conduct at which the tort is targeted is not as narrow as the unlawful exercise of a particular statutory or prerogative power, but more broadly based on unlawful conduct in the exercise of public functions generally.

(1) The Defining Elements of the Tort

18

The origins of the tort of misfeasance in a public office can be traced to *Ashby v. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, in which Holt C.J. found that a cause of action lay against an elections officer who maliciously and fraudulently deprived Mr. White of the right to vote. Although the defendant possessed the power to deprive certain persons from participating in the election, he did not have the power to do so for an improper purpose. Although the original judgment suggests that he was

d'un jugement. Voir également *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

B. *Les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique*

Il ressort essentiellement de la décision de la Cour d'appel que les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique comportent un « vice fondamental » en ce que tous les éléments constitutifs du délit n'ont pas été allégués. En particulier, la Cour d'appel a statué que le délit se caractérisait par l'exercice illégitime des pouvoirs ou des prérogatives inhérents aux fonctions du défendeur. Parce que l'inconduite alléguée se fondait sur le manquement à une obligation prévue par la loi plutôt que sur l'exercice illégitime d'une prérogative ou d'un pouvoir, il est « évident et manifeste » suivant cette interprétation que les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique sont vouées à l'échec.

Par conséquent, je considérerai d'abord la conclusion de la Cour d'appel voulant que l'exercice illégitime d'une prérogative ou d'un pouvoir conféré par la loi soit un élément constitutif du délit. En toute déférence, l'examen des décisions de principe pertinentes révèle clairement que le délit ne se limite pas aux circonstances dans lesquelles l'agent défendeur exerce illégitimement une prérogative donnée ou un pouvoir précis. Comme j'en traiterai plus loin, le type de conduite que couvre le délit ne se borne pas à l'exercice illégitime d'une prérogative ou d'un pouvoir; il vise plus largement toute conduite illégitime dans l'exercice des fonctions publiques en général.

(1) Les éléments distinctifs du délit

Les origines du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique remontent à l'arrêt *Ashby c. White* (1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126, où le juge en chef Holt a estimé qu'une cause d'action pouvait être invoquée à l'encontre d'un fonctionnaire électoral qui, de façon malveillante et frauduleuse, avait privé M. White du droit de vote. Quoique le défendeur ait été investi du pouvoir de priver certaines personnes de leur droit de voter aux élections, il ne pouvait l'exercer à une fin irrégulière. Bien que son

simply applying the principle *ubi jus ibi remedium*, Holt C.J. produced a revised form of the judgment in which he stated that it was because fraud and malice were proven that the action lay: J. W. Smith, *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law* (13th ed. 1929), at p. 282. Thus, in its earliest form it is arguable that misfeasance in a public office was limited to circumstances in which a public officer abused a power actually possessed.

Subsequent cases, however, have made clear that the ambit of the tort is not restricted in this manner. In *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, this Court found the defendant Premier of Quebec liable for directing the manager of the Quebec Liquor Commission to revoke the plaintiff's liquor licence. Although *Roncarelli* was decided at least in part on the basis of the Quebec civil law of delictual responsibility, it is widely regarded as having established that misfeasance in a public office is a recognized tort in Canada. See for example *Powder Mountain Resorts Ltd. v. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14, 2001 BCCA 619; and *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) v. Nilsson* (2002), 220 D.L.R. (4th) 474, 2002 ABCA 283. In *Roncarelli*, the Premier was authorized to give advice to the Commission in respect of any legal questions that might arise, but had no authority to involve himself in a decision to revoke a particular licence. As Abbott J. observed, at p. 184, Mr. Duplessis "was given no statutory power to interfere in the administration or direction of the Quebec Liquor Commission". Martland J. made a similar observation, at p. 158, stating that Mr. Duplessis' conduct involved "the exercise of powers which, in law, he did not possess at all". From this, it is clear that the tort is not restricted to the abuse of a statutory or prerogative power actually held. If that were the case, there would have been no grounds on which to find Mr. Duplessis liable.

jugement initial ait donné à penser qu'il appliquait simplement le principe *ubi jus ibi remedium*, le juge en chef Holt a précisé, dans une version révisée, que c'était parce que la fraude et la malveillance avaient été établies que l'action pouvait être intentée : J. W. Smith, *A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law* (13<sup>e</sup> éd. 1929), p. 282. On peut donc soutenir que, dans sa forme la plus ancienne, le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique se limitait aux circonstances dans lesquelles un fonctionnaire public avait abusé d'un pouvoir qu'il possédait réellement.

Cependant, il ressort clairement des décisions subséquentes que le délit n'a pas une portée aussi étroite. Dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, notre Cour a tenu le défendeur, premier ministre du Québec, responsable d'avoir ordonné au directeur de la Commission des liqueurs du Québec de révoquer le permis d'alcool du demandeur. Bien que l'arrêt *Roncarelli* ait été tranché en partie du moins sur la base des règles du droit civil du Québec en matière de responsabilité délictuelle, il est largement considéré comme ayant reconnu l'existence au Canada du délit civil de la faute dans l'exercice d'une charge publique. Voir par exemple *Powder Mountain Resorts Ltd. c. British Columbia* (2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14, 2001 BCCA 619; et *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) c. Nilsson* (2002), 220 D.L.R. (4th) 474, 2002 ABCA 283. Dans *Roncarelli*, le premier ministre était autorisé à conseiller la Commission sur toute question juridique susceptible de se poser, mais il n'avait nullement le pouvoir d'intervenir dans une décision visant la révocation d'un permis en particulier. Comme le juge Abbott l'a fait observer à la p. 184, M. Duplessis [TRADUCTION] « n'était investi d'aucun pouvoir prévu par la loi pour intervenir dans l'administration ou la direction de la Commission des liqueurs du Québec ». Formulant une remarque similaire à la p. 158, le juge Martland a affirmé que la conduite de M. Duplessis mettait en cause [TRADUCTION] « l'exercice de pouvoirs qu'il ne possédait nullement en droit ». Ainsi, manifestement, le délit ne se limite pas à l'abus d'un pouvoir que confère véritablement la loi ou une prérogative. Si c'était le cas, aucun motif n'aurait permis de retenir la responsabilité de M. Duplessis.

20

This understanding of the tort is consistent with the widespread consensus in other common law jurisdictions that there is a broad range of misconduct that can found an action for misfeasance in a public office. For example, in *Northern Territory of Australia v. Mengel* (1995), 129 A.L.R. 1 (H.C.), Brennan J. wrote as follows, at p. 25:

The tort is not limited to an abuse of office by exercise of a statutory power. *Henly v. Mayor of Lyme* [(1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995] was not a case arising from an impugned exercise of a statutory power. It arose from an alleged failure to maintain a sea wall or bank, the maintenance of which was a condition of the grant to the corporation of Lyme of the sea wall or bank and the appurtenant right to tolls. Any act or omission done or made by a public official in the purported performance of the functions of the office can found an action for misfeasance in public office. [Emphasis added.]

In *Garrett v. Attorney-General*, [1997] 2 N.Z.L.R. 332, the Court of Appeal for New Zealand considered an allegation that a sergeant failed to investigate properly the plaintiff's claim that she had been sexually assaulted by a police constable. Blanchard J. concluded, at p. 344, that the tort can be committed "by an official who acts or omits to act in breach of duty knowing about the breach and also knowing harm or loss is thereby likely to be occasioned to the plaintiff".

21

The House of Lords reached the same conclusion in *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)*, [2000] 2 W.L.R. 1220. In *Three Rivers*, the plaintiffs alleged that officers with the Bank of England improperly issued a licence to the Bank of Credit and Commerce International and then failed to close the bank once it became evident that such action was necessary. Forced to consider whether the tort could apply in the case of omissions, the House of Lords concluded that "the tort can be constituted by an omission by a public officer as well as by acts on his part" (*per* Lord Hutton, at p. 1267). In Australia, New Zealand and the United Kingdom, it is equally clear that the tort of misfeasance is not limited to the unlawful

Cette interprétation du délit est compatible avec l'opinion répandue dans d'autres pays de common law selon laquelle il existe un large éventail d'inconduites susceptibles de fonder une action pour faute dans l'exercice d'une charge publique. Par exemple, dans *Northern Territory of Australia c. Mengel* (1995), 129 A.L.R. 1 (H.C.), le juge Brennan a tenu les propos suivants à la p. 25 :

[TRADUCTION] Le délit ne se limite pas à l'abus de fonctions découlant de l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi. L'affaire *Henly c. Mayor of Lyme* [(1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995] ne mettait pas en cause l'exercice contesté d'un pouvoir conféré par la loi. Elle portait sur l'omission alléguée d'entretenir un ouvrage longitudinal, condition préalable à la concession de l'ouvrage et du droit accessoire de péage à la municipalité de Lyme. Tout acte ou toute omission commis par un fonctionnaire public dans l'exercice présumé de ses fonctions peut servir de fondement à une action pour faute dans l'exercice d'une charge publique. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Garrett c. Attorney-General*, [1997] 2 N.Z.L.R. 332, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande était saisie d'une allégation portant qu'un sergent n'avait pas mené à fond une enquête sur une plainte d'agression sexuelle commise par un agent de police. Le juge Blanchard a conclu, à la p. 344, que le délit pouvait être le fait [TRADUCTION] « d'un fonctionnaire qui agit ou omet d'agir en contravention à son devoir, sachant qu'il y contrevient et conscient du préjudice ou de la perte que subira vraisemblablement ainsi le demandeur ».

La Chambre des lords est arrivée à la même conclusion dans *Three Rivers District Council c. Bank of England (No. 3)*, [2000] 2 W.L.R. 1220. Dans cet arrêt, les demandeurs ont prétendu que les agents de la Banque d'Angleterre avaient irrégulièrement délivré un permis à la Bank of Credit and Commerce International et avaient ensuite omis de procéder à sa fermeture alors qu'il était devenu évident qu'une telle mesure s'imposait. Tenue de se prononcer sur la question de savoir si le délit pouvait naître d'une omission, la Chambre des lords a statué que [TRADUCTION] « le délit peut résulter tant de l'omission d'un fonctionnaire public que des gestes qu'il pose » (lord Hutton, p. 1267). Il est également bien établi en Australie, en Nouvelle-Zélande et au

exercise of a statutory or prerogative power actually held.

What then are the essential ingredients of the tort, at least insofar as it is necessary to determine the issues that arise on the pleadings in this case? In *Three Rivers*, the House of Lords held that the tort of misfeasance in a public office can arise in one of two ways, what I shall call Category A and Category B. Category A involves conduct that is specifically intended to injure a person or class of persons. Category B involves a public officer who acts with knowledge both that she or he has no power to do the act complained of and that the act is likely to injure the plaintiff. This understanding of the tort has been endorsed by a number of Canadian courts: see for example *Powder Mountain Resorts, supra; Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) (C.A.), supra; and Granite Power Corp. v. Ontario*, [2002] O.J. No. 2188 (QL) (S.C.J.). It is important, however, to recall that the two categories merely represent two different ways in which a public officer can commit the tort; in each instance, the plaintiff must prove each of the tort's constituent elements. It is thus necessary to consider the elements that are common to each form of the tort.

In my view, there are two such elements. First, the public officer must have engaged in deliberate and unlawful conduct in his or her capacity as a public officer. Second, the public officer must have been aware both that his or her conduct was unlawful and that it was likely to harm the plaintiff. What distinguishes one form of misfeasance in a public office from the other is the manner in which the plaintiff proves each ingredient of the tort. In Category B, the plaintiff must prove the two ingredients of the tort independently of one another. In Category A, the fact that the public officer has acted for the express purpose of harming the plaintiff is sufficient to satisfy each ingredient of the tort, owing to the fact that a public officer does not have the authority to exercise his or her powers for an improper purpose, such

Royaume-Uni que le délit d'abus d'autorité ne se limite pas à l'exercice illégitime d'un pouvoir réellement conféré par la loi ou une prérogative.

Quels sont alors les éléments essentiels du délit — du moins dans la mesure où il est nécessaire de définir les questions que soulèvent les actes de procédure dans le présent pourvoi? Dans l'arrêt *Three Rivers*, la Chambre des lords a statué qu'il y avait deux façons — que je regrouperai sous les catégories A et B — de commettre le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique. On retrouve dans la catégorie A la conduite qui vise précisément à causer préjudice à une personne ou à une catégorie de personnes. La catégorie B met en cause le fonctionnaire public qui agit en sachant qu'il n'est pas habilité à exécuter l'acte qu'on lui reproche et que cet acte causera vraisemblablement préjudice au demandeur. Bon nombre de tribunaux canadiens ont souscrit à cette interprétation du délit : voir par exemple *Powder Mountain Resorts*, précité; *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) (C.A.)*, précité; et *Granite Power Corp. c. Ontario*, [2002] O.J. No. 2188 (QL) (C.S.J.). Il importe cependant de garder à l'esprit que ces deux catégories ne représentent que deux façons différentes pour le fonctionnaire public de commettre le délit; dans chaque cas, le demandeur doit faire la preuve des éléments constitutifs du délit. Il est donc nécessaire de se pencher sur les éléments communs à chacune des formes du délit.

Il existe à mon avis deux éléments communs. Premièrement, le fonctionnaire public doit avoir agi en cette qualité de manière illégitime et délibérée. Deuxièmement, le fonctionnaire public doit avoir été conscient du caractère non seulement illégitime de sa conduite, mais aussi de la probabilité de préjudice à l'égard du demandeur. C'est la manière dont le demandeur prouve les éléments propres au délit qui permet de distinguer les formes que prend la faute dans l'exercice d'une charge publique. Dans la catégorie B, le demandeur doit établir l'existence indépendante des deux éléments constituant le délit. Dans la catégorie A, le fait que le fonctionnaire public ait agi expressément dans l'intention de léser le demandeur suffit pour établir l'existence de chaque élément du



as deliberately harming a member of the public. In each instance, the tort involves deliberate disregard of official duty coupled with knowledge that the misconduct is likely to injure the plaintiff.

24

Insofar as the nature of the misconduct is concerned, the essential question to be determined is not whether the officer has unlawfully exercised a power actually possessed, but whether the alleged misconduct is deliberate and unlawful. As Lord Hobhouse wrote in *Three Rivers*, *supra*, at p. 1269:

The relevant act (or omission, in the sense described) must be unlawful. This may arise from a straightforward breach of the relevant statutory provisions or from acting in excess of the powers granted or for an improper purpose.

Lord Millett reached a similar conclusion, namely, that a failure to act can amount to misfeasance in a public office, but only in those circumstances in which the public officer is under a legal obligation to act. Lord Hobhouse stated the principle in the following terms, at p. 1269: “If there is a legal duty to act and the decision not to act amounts to an unlawful breach of that legal duty, the omission can amount to misfeasance [in a public office].” See also *R. v. Dytham*, [1979] Q.B. 722 (C.A.). So, in the United Kingdom, a failure to act can constitute misfeasance in a public office, but only if the failure to act constitutes a deliberate breach of official duty.

25

Canadian courts also have made a deliberate unlawful act a focal point of the inquiry. In *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) v. Nilsson* (1999), 70 Alta. L.R. (3d) 267, 1999 ABQB 440, at para. 108, the Court of Queen’s Bench stated that the essential question to be determined is whether there has been deliberate misconduct on the part of a public official. Deliberate misconduct, on this view, consists of: (i) an intentional illegal act; and (ii) an intent to harm an individual or class

délict, étant donné qu’un fonctionnaire public n’est pas habilité à exercer ses pouvoirs à une fin irrégulière, comme le fait de causer délibérément préjudice à un membre du public. Dans les deux cas, le délit se caractérise par une insouciance délibérée à l’égard d’une fonction officielle conjuguée au fait de savoir que l’inconduite sera vraisemblablement préjudiciable au demandeur.

S’agissant de la nature de l’inconduite, la question est essentiellement de savoir non pas si le fonctionnaire a exercé de manière illégitime un pouvoir qu’il détenait réellement, mais bien si l’inconduite alléguée revêt un caractère illégitime et délibéré. Comme lord Hobhouse l’a écrit dans l’arrêt *Three Rivers*, précité, p. 1269 :

[TRADUCTION] L’acte qui nous intéresse (ou l’omission, selon le sens décrit) doit être illégitime. Ce peut être le cas lorsqu’il y a contravention pure et simple aux dispositions législatives pertinentes, ou lorsque l’acte outre-passe les pouvoirs conférés ou sert une fin irrégulière.

Lord Millett est arrivé à une conclusion similaire, savoir que le défaut d’agir peut équivaloir à une faute dans l’exercice d’une charge publique, mais uniquement lorsque le fonctionnaire public a l’obligation légale d’agir. Lord Hobhouse a énoncé le principe en ces termes, à la p. 1269 : [TRADUCTION] « S’il existe une obligation légale d’agir et que la décision de ne pas agir équivaut à un manquement à cet égard, l’omission peut constituer une faute [dans l’exercice d’une charge publique]. » Voir également *R. c. Dytham*, [1979] Q.B. 722 (C.A.). Ainsi, au Royaume-Uni, le défaut d’agir peut constituer une faute dans l’exercice d’une charge publique, mais uniquement dans la mesure où il correspond à un manquement délibéré à une fonction officielle.

Les tribunaux canadiens ont également fait de l’acte illégitime et délibéré le point focal de l’examen. Dans l’arrêt *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) c. Nilsson* (1999), 70 Alta. L.R. (3d) 267, 1999 ABQB 440, par. 108, la Cour du Banc de la Reine a dit qu’il s’agissait essentiellement de savoir s’il y avait eu inconduite délibérée de la part d’un fonctionnaire public. Vue sous cet angle, l’inconduite délibérée consiste en : (i) un acte illégal intentionnel; (ii) l’intention de causer préjudice

of individuals. See also *Uni-Jet Industrial Pipe Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2001), 156 Man. R. (2d) 14, 2001 MBCA 40, in which Kroft J.A. adopted the same test. In *Powder Mountain Resorts, supra*, Newbury J.A. described the tort in similar terms, at para. 7:

... it may, I think, now be accepted that the tort of abuse of public office will be made out in Canada where a public official is shown either to have exercised power for the specific purpose of injuring the plaintiff (i.e., to have acted in “bad faith in the sense of the exercise of public power for an improper or ulterior motive”) or to have acted “unlawfully with a mind of reckless indifference to the illegality of his act” and to the probability of injury to the plaintiff. (See Lord Steyn in *Three Rivers*, at [1231].) Thus there remains what in theory at least is a clear line between this tort on the one hand, and what on the other hand may be called negligent excess of power — i.e., an act committed without knowledge of (or subjective recklessness as to) its unlawfulness and the probable consequences for the plaintiff. [Emphasis in original.]

Under this view, the ambit of the tort is limited not by the requirement that the defendant must have been engaged in a particular type of unlawful conduct, but by the requirement that the unlawful conduct must have been deliberate and the defendant must have been aware that the unlawful conduct was likely to harm the plaintiff.

As is often the case, there are a number of phrases that might be used to describe the essence of the tort. In *Garrett, supra*, Blanchard J. stated, at p. 350, that “[t]he purpose behind the imposition of this form of tortious liability is to prevent the deliberate injuring of members of the public by deliberate disregard of official duty.” In *Three Rivers, supra*, Lord Steyn stated, at p. 1230, that “[t]he rationale of the tort is that in a legal system based on the rule of law executive or administrative power ‘may be exercised only for the public good’ and not for ulterior and improper purposes.” As each passage makes clear, misfeasance in a public office is not directed at a public officer who inadvertently or negligently fails adequately to discharge the obligations of his or her office: see *Three Rivers*, at p. 1273, *per* Lord

à une personne ou à une catégorie de personnes. Voir également *Uni-Jet Industrial Pipe Ltd. c. Canada (Attorney General)* (2001), 156 Man. R. (2d) 14, 2001 MBCA 40, où le juge Kroft a adopté le même critère. Dans l’arrêt *Powder Mountain Resorts*, précité, le juge Newbury a décrit le délit en des termes similaires au par. 7 :

[TRADUCTION] . . . je crois qu’il existe aujourd’hui un consensus selon lequel on peut faire la preuve au Canada du délit d’abus dans l’exercice d’une charge publique en démontrant que le fonctionnaire public a soit exercé un pouvoir dans le but précis de causer préjudice au demandeur (c’est-à-dire agi « de mauvaise foi, au sens de l’exercice d’un pouvoir public pour un motif illégitime ou inavoué »), soit agi « illégalement en affichant une indifférence téméraire quant à l’illégalité de son acte » et quant à la probabilité de préjudice à l’égard du demandeur. (Voir lord Steyn dans l’arrêt *Three Rivers*, p. [1231].) Il subsiste donc, du moins en théorie, une nette démarcation entre ce délit, d’une part, et d’autre part ce qu’on pourrait appeler un excès de pouvoir négligent — c’est-à-dire un acte que commet une personne dans l’ignorance de son caractère illégitime et des conséquences probables envers le demandeur (ou traduisant une témérité subjective à cet égard). [Souligné dans l’original.]

Selon cette interprétation, la portée du délit est limitée non pas par l’exigence que le défendeur doit s’être livré à un type précis de conduite illégitime, mais bien par l’exigence que la conduite illégitime doit avoir eu un caractère délibéré et que le défendeur doit avoir su que cette conduite illégitime causerait vraisemblablement préjudice au demandeur.

Comme c’est souvent le cas, on peut recourir à nombre de formules pour décrire la nature fondamentale du délit. Dans l’arrêt *Garrett*, précité, le juge Blanchard a affirmé à la p. 350 que [TRADUCTION] « [l]’imposition de cette forme de responsabilité délictuelle vise à protéger les membres du public contre le préjudice causé délibérément par une insouciance intentionnelle à l’égard d’une fonction officielle. » Dans l’arrêt *Three Rivers*, précité, lord Steyn a indiqué à la p. 1230 que [TRADUCTION] « [l]a justification rationnelle du délit consiste en ce que, dans un système juridique fondé sur la primauté du droit, le pouvoir exécutif ou administratif “ne peut être exercé que pour le bien public” et non pas pour un motif illégitime et inavoué. » Comme il ressort clairement de chacun de ces extraits, la faute

Millett. Nor is the tort directed at a public officer who fails adequately to discharge the obligations of the office as a consequence of budgetary constraints or other factors beyond his or her control. A public officer who cannot adequately discharge his or her duties because of budgetary constraints has not deliberately disregarded his or her official duties. The tort is not directed at a public officer who is unable to discharge his or her obligations because of factors beyond his or her control but, rather, at a public officer who could have discharged his or her public obligations, yet wilfully chose to do otherwise.

27

Another factor that may remove an official's conduct from the scope of the tort of misfeasance in a public office is a conflict with the officer's statutory obligations and his or her constitutionally protected rights, such as the right against self-incrimination. Should such circumstances arise, a public officer's decision not to comply with his or her statutory obligation may not amount to misfeasance in a public office. I need not decide that question here except that it could be argued. A public officer who properly insists on asserting his or her constitutional rights cannot accurately be said to have deliberately disregarded the legal obligations of his or her office. Under this argument, an obligation inconsistent with the officer's constitutional rights is not itself lawful.

28

As a matter of policy, I do not believe that it is necessary to place any further restrictions on the ambit of the tort. The requirement that the defendant must have been aware that his or her conduct was unlawful reflects the well-established principle that misfeasance in a public office requires an element of "bad faith" or "dishonesty". In a democracy, public officers must retain the authority to make decisions that, where appropriate, are adverse to the interests of certain citizens. Knowledge of harm is thus an insufficient basis on which to conclude that the defendant has acted in bad faith or dishonestly. A

commise dans l'exercice d'une charge publique ne concerne pas le fonctionnaire public qui, par négligence ou inadvertance, omet de s'acquitter convenablement des obligations propres à ses fonctions : voir *Three Rivers*, p. 1273, lord Millett. N'est pas non plus visé le fonctionnaire public se trouvant dans la même situation en raison de contraintes budgétaires ou d'autres facteurs hors de son contrôle. Le fonctionnaire qui ne peut s'acquitter convenablement de ses fonctions en raison de contraintes budgétaires ne fait pas preuve d'insouciance délibérée à l'égard de ses fonctions. Le délit ne vise pas le fonctionnaire public qui est incapable de s'acquitter de ses obligations en raison de facteurs hors de sa volonté, mais plutôt celui qui pouvait s'en acquitter, mais qui a délibérément choisi d'agir autrement.

L'autre facteur qui peut faire en sorte d'exclure la conduite d'un fonctionnaire du champ du délit de faute dans l'exercice d'une charge publique est l'existence d'un conflit entre les obligations qui lui incombent en vertu de la loi et ses droits constitutionnels, tel le droit de ne pas s'incriminer. En pareil cas, la décision du fonctionnaire de ne pas se conformer à son obligation pourrait ne pas constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique. Je n'ai pas à trancher cette question en l'espèce, mais il reste qu'il y a là matière à débat. Le fonctionnaire qui insiste à juste titre pour faire valoir ses droits constitutionnels ne peut être considéré comme ayant fait preuve d'une insouciance délibérée à l'égard des obligations de sa charge. Suivant cet argument, une obligation incompatible avec les droits constitutionnels d'un fonctionnaire n'est pas elle-même légitime.

Sur le plan des principes, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de restreindre davantage la portée du délit. L'exigence selon laquelle le défendeur doit avoir eu connaissance du caractère illégitime de sa conduite reflète le principe bien établi voulant que la faute dans l'exercice d'une charge publique nécessite un élément de « mauvaise foi » ou de « malhonnêteté ». En démocratie, les fonctionnaires publics doivent conserver le pouvoir de prendre des décisions qui, le cas échéant, vont à l'encontre des intérêts de certains citoyens. La connaissance du préjudice ne permet donc pas de conclure que le

public officer may in good faith make a decision that she or he knows to be adverse to interests of certain members of the public. In order for the conduct to fall within the scope of the tort, the officer must deliberately engage in conduct that he or she knows to be inconsistent with the obligations of the office.

The requirement that the defendant must have been aware that his or her unlawful conduct would harm the plaintiff further restricts the ambit of the tort. Liability does not attach to each officer who blatantly disregards his or her official duty, but only to a public officer who, in addition, demonstrates a conscious disregard for the interests of those who will be affected by the misconduct in question. This requirement establishes the required nexus between the parties. Unlawful conduct in the exercise of public functions is a public wrong, but absent some awareness of harm there is no basis on which to conclude that the defendant has breached an obligation that she or he owes to the plaintiff, as an individual. And absent the breach of an obligation that the defendant owes to the plaintiff, there can be no liability in tort.

In sum, I believe that the underlying purpose of the tort is to protect each citizen's reasonable expectation that a public officer will not intentionally injure a member of the public through deliberate and unlawful conduct in the exercise of public functions. Once these requirements have been satisfied, it is unclear why the tort would be restricted to a public officer who engaged in the unlawful exercise of a statutory power that she or he actually possesses. If the tort were restricted in this manner, the tort would not extend to a public officer, such as Mr. Duplessis, who intentionally exceeded his powers for the express purpose of interfering with a citizen's economic interests. Nor would it extend to a public officer who breached a statutory obligation for the same purpose. But there is no principled reason, in my view, why a public officer who wilfully injures a member of the public through intentional abuse of a statutory power would be liable, but not a public officer who wilfully injures a member of the public

défendeur a agi de mauvaise foi ou de façon malhonnête. Un fonctionnaire public peut de bonne foi rendre une décision qu'il sait être préjudiciable aux intérêts de certains membres du public. Pour qu'une conduite soit visée par le délit, le fonctionnaire doit agir délibérément d'une manière qu'il sait incompatible avec les obligations propres à ses fonctions.

L'exigence portant que le défendeur doit avoir su que sa conduite illégitime causerait un préjudice au demandeur restreint davantage la portée du délit. L'insouciance flagrante à l'égard d'une fonction officielle n'emporte pas responsabilité; seul le fonctionnaire public qui, en plus, fait sciemment preuve d'insouciance devant les intérêts de ceux qui seront touchés par l'inconduite en question verra sa responsabilité retenue. Cette exigence établit le lien requis entre les parties. Toute conduite illégitime s'inscrivant dans l'exercice des fonctions publiques constitue un méfait public, mais en l'absence d'une quelconque connaissance du préjudice, rien ne permet de conclure que le défendeur a manqué à une obligation à laquelle il est tenu envers le demandeur individuellement. Et sans manquement par le défendeur à une obligation qui lui incombe à l'endroit du demandeur, il ne peut y avoir de responsabilité délictuelle.

En résumé, j'estime que l'objet fondamental du délit est de protéger ce à quoi s'attendent raisonnablement les citoyens, savoir qu'un fonctionnaire public ne causera pas intentionnellement préjudice à un membre du public par une conduite illégitime et délibérée dans l'exercice de ses fonctions publiques. Dès lors qu'il a été satisfait à ces exigences, on ne voit pas pourquoi le délit ne s'appliquerait qu'au fonctionnaire public qui a illégitimement exercé un pouvoir conféré par la loi qu'il détient réellement. Si la portée du délit était à ce point restreinte, un fonctionnaire public tel que M. Duplessis — qui a délibérément outrépassé ses pouvoirs dans le but exprès de se mêler des intérêts économiques d'un citoyen — ne serait pas visé, pas plus que celui qui a manqué pour les mêmes fins à une obligation que lui imposait la loi. Je crois cependant qu'il n'existe aucune raison de principe de retenir la responsabilité d'un fonctionnaire qui cause volontairement préjudice à un membre du public en abusant délibérément

29

30

through an intentional excess of power or a deliberate failure to discharge a statutory duty. In each instance, the alleged misconduct is equally inconsistent with the obligation of a public officer not to intentionally injure a member of the public through deliberate and unlawful conduct in the exercise of public functions.

31

I wish to stress that this conclusion is not inconsistent with *R. v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, in which the Court established that the nominate tort of statutory breach does not exist. *Saskatchewan Wheat Pool* states only that it is insufficient that the defendant has breached the statute. It does not, however, establish that the breach of a statute cannot give rise to liability if the constituent elements of tortious responsibility have been satisfied. Put a different way, the mere fact that the alleged misconduct also constitutes a breach of statute is insufficient to exempt the officer from civil liability. Just as a public officer who breaches a statute might be liable for negligence, so too might a public officer who breaches a statute be liable for misfeasance in a public office. *Saskatchewan Wheat Pool* would only be relevant to this motion if the appellants had pleaded no more than a failure to discharge a statutory obligation. This, however, is not the case. The principle established in *Saskatchewan Wheat Pool* has no bearing on the outcome of the motion on this appeal.

32

To summarize, I am of the opinion that the tort of misfeasance in a public office is an intentional tort whose distinguishing elements are twofold: (i) deliberate unlawful conduct in the exercise of public functions; and (ii) awareness that the conduct is unlawful and likely to injure the plaintiff. Alongside deliberate unlawful conduct and the requisite knowledge, a plaintiff must also prove the other requirements common to all torts. More specifically,

d'un pouvoir que lui confère la loi, mais non celle du fonctionnaire qui cause volontairement préjudice à un membre du public en outrépassant délibérément son pouvoir ou en omettant délibérément de s'acquitter d'une obligation prévue par la loi. Dans les deux cas, l'inconduite alléguée s'avère tout aussi incompatible avec l'obligation qui incombe au fonctionnaire public de ne pas causer intentionnellement préjudice à un membre du public par sa conduite délibérée et illégitime dans l'exercice de fonctions publiques.

Je tiens à souligner que cette conclusion ne va pas à l'encontre de l'arrêt *R. c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, où la Cour a statué que le délit civil spécial de violation d'une obligation légale n'existait pas. L'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool* établit simplement que la violation de la loi par le défendeur ne suffit pas. Il n'établit cependant pas que la violation d'une loi ne peut emporter responsabilité si les éléments constitutifs de la responsabilité délictuelle sont réunis. Autrement dit, le simple fait que l'inconduite alléguée constitue également une violation de la loi ne suffit pas pour permettre au fonctionnaire d'échapper à la responsabilité civile. De la même façon qu'un fonctionnaire public qui contrevient à la loi peut être tenu responsable de négligence, le fonctionnaire public qui contrevient à la loi peut lui aussi être responsable de la faute qu'il commet dans l'exercice d'une charge publique. L'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool* n'aurait été pertinent dans le cadre de la présente requête que dans la mesure où les appelants auraient uniquement plaidé l'omission de s'acquitter d'une obligation légale. Or ce n'est pas le cas. Le principe énoncé dans l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool* n'a aucune incidence sur l'issue de la requête en cause dans le présent pourvoi.

Pour résumer, j'estime que la faute commise dans l'exercice d'une charge publique constitue un délit intentionnel comportant les deux éléments distinctifs suivants : (i) une conduite illégitime et délibérée dans l'exercice de fonctions publiques; et (ii) la connaissance du caractère illégitime de la conduite et de la probabilité de préjudice à l'égard du demandeur. À cela s'ajoute l'exigence pour le demandeur d'établir l'existence des autres conditions

the plaintiff must prove that the tortious conduct was the legal cause of his or her injuries, and that the injuries suffered are compensable in tort law.

## (2) Application to the Case at Hand

As outlined earlier, on a motion to strike on the basis that the statement of claim discloses no reasonable cause of action, the facts are taken as pleaded. Consequently, the primary question that arises on this appeal is whether the statement of claim pleads each of the constituent elements of the tort.

In respect of the first constituent element, namely, unlawful conduct in the exercise of public functions, the statement of claim alleges that the defendant officers did not cooperate with the SIU investigation, but, rather, took positive steps to frustrate the investigation. As described above, police officers are under a statutory obligation to cooperate fully with members of the SIU in the conduct of investigations, pursuant to s. 113(9) of the *Police Services Act*. On the face of it, the decision not to cooperate with an investigation constitutes an unlawful breach of statutory duty. Similarly, the alleged failure of the Chief to ensure that the defendant officers cooperated with the investigation also would seem to constitute an unlawful breach of duty. Under s. 41(1)(b) of the *Police Services Act*, the duties of a chief of police include ensuring that members of the police force carry out their duties in accordance with the Act. A decision not to ensure that police officers cooperate with the SIU is inconsistent with the statutory obligations of the office.

As discussed above, an obligation inconsistent with a public officer's constitutional rights cannot give rise to misfeasance in a public office. It is arguable that the statutory obligation to cooperate fully with the members of the SIU cannot trump a police officer's constitutional right against self-incrimination. I do not need to answer this question because it has not been argued that the SIU's requests were inconsistent with the officers'

communes à tous les délits. Plus précisément, le demandeur doit démontrer que les préjudices qu'il a subis ont pour cause juridique la conduite délictuelle, et que ces préjudices sont indemnisables suivant les règles de droit en matière délictuelle.

## (2) Application à la présente espèce

Comme je l'ai souligné précédemment, dans le cadre d'une requête en radiation au motif que la déclaration ne révèle aucune cause d'action fondée, les faits allégués sont tenus pour avérés. Il s'agit donc essentiellement de savoir en l'espèce si on a allégué dans la déclaration tous les éléments constitutifs du délit.

En ce qui concerne le premier élément constitutif, savoir la conduite illégitime dans l'exercice de fonctions publiques, la déclaration allègue que les agents défendeurs ont non seulement refusé de collaborer à l'enquête de l'UES, mais qu'ils ont même pris des mesures concrètes pour y faire obstacle. Comme je l'ai déjà souligné, la loi impose aux agents de police l'obligation de collaborer entièrement avec les membres de l'UES au cours des enquêtes, conformément au par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers*. De prime abord, la décision de ne pas collaborer à une enquête constitue un manquement à une obligation prévue par la loi. De même, l'omission alléguée du chef de s'assurer que les agents défendeurs collaborent à l'enquête semble également constituer un manquement à une obligation. En vertu de l'al. 41(1)(b) de la *Loi sur les services policiers*, le chef de police est notamment chargé de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément à la loi. S'il décidait de ne pas s'assurer que les agents de police collaborent avec l'UES, le chef de police contreviendrait aux obligations que la loi attache à sa fonction.

Comme nous l'avons vu, une obligation incompatible avec les droits constitutionnels d'un fonctionnaire ne peut conduire au délit de faute dans l'exercice d'une charge publique. L'obligation de collaborer entièrement avec les membres de l'UES, pourrait-on en effet soutenir, ne peut faire échec au droit constitutionnel de l'agent de police de ne pas s'incriminer. Je n'ai pas à répondre à cette question étant donné qu'on ne prétend pas que les

33

34

35

constitutional rights. Nor has it been argued that the alleged misconduct, which includes submitting inaccurate and misleading shift notes and disobeying an order to remain segregated, is privileged by the right against self-incrimination. As a consequence, it is not “plain and obvious” that the officers were faced with a stark choice between complying with the SIU’s requests and abandoning their right against self-incrimination, either as a matter of fact or law. The potential conflict between the duty to cooperate with the SIU and the right against self-incrimination cannot be relied on to dismiss the action at this stage of the proceedings.

36

Insofar as the second requirement is concerned, the statement of claim alleges that the acts and omissions of the defendant officers “represented intentional breaches of their legal duties as police officers”. This plainly satisfies the requirement that the officers were aware that the alleged failure to cooperate with the investigation was unlawful. The allegation is not simply that the officers failed to comply with s. 113(9) of the *Police Services Act*, but that the failure to comply was intentional and deliberate. Insofar as the Chief is concerned, the statement of claim alleges as follows:

- (i) Chief Boothby, through his legal counsel, was directed by S.I.U. officers to segregate the defendant officers and he deliberately failed to do so;
- (ii) Chief Boothby failed to ensure that defendant police officers produced timely and complete notes;
- (iii) Chief Boothby failed to ensure that the defendant police officers attended for requested interviews by S.I.U. in a timely manner; and
- (iv) Chief Boothby failed to ensure that the defendant police officers gave accurate and complete accounts of the specifics of the shooting incident.

37

Although the allegation that the Chief deliberately failed to segregate the officers satisfies the requirement that the Chief intentionally breached

demandes de l’UES étaient incompatibles avec les droits constitutionnels des agents. On n’a pas non plus prétendu que l’inconduite alléguée, notamment le fait d’avoir remis des notes incomplètes et trompeuses et d’avoir désobéi à l’ordre de rester isolés, est protégée par le droit de ne pas s’incriminer. Par conséquent, il n’est pas « évident et manifeste » que les agents étaient placés devant le choix déchirant de se conformer aux demandes de l’UES et d’abandonner leur droit de ne pas s’incriminer, en fait ou en droit. Le conflit potentiel entre l’obligation de collaborer avec l’UES et le droit de ne pas s’incriminer ne peut donc servir de fondement au rejet de l’action à ce stade de l’instance.

En ce qui a trait à la seconde exigence, la déclaration contient une allégation portant que les actes et les omissions des agents défendeurs [TRADUCTION] « constituent des manquements intentionnels aux obligations légales qui leur incombent en tant qu’agents de police ». Cela satisfait pleinement à l’exigence voulant que les agents connaissent le caractère illégitime du défaut allégué de collaborer à l’enquête. L’allégation ne se résume pas simplement à l’omission des agents de se conformer au par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers*, mais fait également état du caractère intentionnel et délibéré de cette omission. S’agissant du chef, la déclaration contient les allégations suivantes :

[TRADUCTION]

- (i) Le chef Boothby a été avisé par les agents de l’UES, par l’entremise de son conseiller juridique, qu’il devait isoler les agents défendeurs, ce qu’il a délibérément omis de faire;
- (ii) Le chef Boothby a omis de veiller à ce que les agents de police défendeurs produisent leurs notes intégralement et dans les délais impartis;
- (iii) Le chef Boothby a omis de veiller à ce que les agents de police défendeurs se soumettent en temps voulu aux interrogatoires convoqués par l’UES;
- (iv) Le chef Boothby a omis de veiller à ce que les agents de police défendeurs relatent, de manière fidèle et complète, les détails de la fusillade.

Bien que l’allégation relative à l’omission délibérée du chef d’isoler les agents satisfasse à l’exigence d’un manquement intentionnel de sa part à son

his legal obligation to ensure compliance with the *Police Services Act*, the same cannot be said of his alleged failure to ensure that the defendant officers produced timely and complete notes, attended for interviews in a timely manner, and provided accurate and complete accounts of the incident. As above, inadvertence or negligence will not suffice; a mere failure to discharge the obligations of the office cannot constitute misfeasance in a public office. In light of the allegation that the Chief's failure to segregate the officers was deliberate, this is not a sufficient basis on which to strike the pleading. Suffice it to say, the failure to issue orders for the purpose of ensuring that the defendant officers cooperated with the investigation will only constitute misfeasance in a public office if the plaintiffs prove that the Chief deliberately failed to comply with the standard established by s. 41(1)(b) of the *Police Services Act*.

The statement of claim also alleges that the defendant officers and the Chief "knew or ought to have known" that the alleged misconduct would cause the plaintiffs to suffer physically, psychologically and emotionally. Although the allegation that the defendants knew that a failure to cooperate with the investigation would injure the plaintiffs satisfies the requirement that the alleged misconduct was likely to injure the plaintiffs, misfeasance in a public office is an intentional tort that requires subjective awareness that harm to the plaintiff is a likely consequence of the alleged misconduct. At the very least, according to a number of cases, the defendant must have been subjectively reckless or wilfully blind as to the possibility that harm was a likely consequence of the alleged misconduct: see for example *Three Rivers, supra*; *Powder Mountain Resorts, supra*; and *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) (C.A.), supra*. This, again, is not a sufficient basis on which to strike the pleading. It is clear, however, that the phrase "or ought to have known" must be struck from the statement of claim.

obligation de veiller au respect de la *Loi sur les services policiers*, on ne peut en dire autant de l'omission qui lui est reprochée de s'assurer que les agents défendeurs produisent leurs notes intégralement et dans les délais impartis, qu'ils se soumettent aux interrogatoires au moment voulu et qu'ils fassent un récit fidèle et complet de l'incident. Comme je l'ai déjà indiqué, l'inadvertance ou la négligence ne suffira pas; le simple défaut de s'acquitter des obligations propres à sa charge ne peut constituer une faute dans l'exercice d'une charge publique. Comme on a allégué l'omission délibérée du chef d'isoler les agents, il ne s'agit pas d'un motif justifiant la radiation de l'acte de procédure. Qu'il suffise de dire que l'omission du chef d'émettre des directives pour s'assurer de la collaboration des agents défendeurs à l'enquête n'équivaudra à une faute dans l'exercice d'une charge publique que si les demandeurs démontrent que le chef a délibérément omis de se conformer à la norme établie par l'al. 41(1)b) de la *Loi sur les services policiers*.

De plus, les demandeurs allèguent dans leur déclaration que les agents défendeurs et le chef [TRADUCTION] « savaient ou devaient savoir » que l'inconduite reprochée leur causerait des souffrances physiques, psychologiques et émotionnelles. Quoique l'exigence d'un préjudice probable découlant de l'inconduite alléguée soit remplie par l'allégation portant que les défendeurs savaient que leur défaut de collaborer à l'enquête serait préjudiciable aux demandeurs, la faute commise dans l'exercice d'une charge publique est un délit intentionnel qui nécessite une conscience subjective de la probabilité que le demandeur subira un préjudice par suite de l'inconduite alléguée. Si l'on se fie à un certain nombre de décisions, le défendeur doit à tout le moins avoir fait preuve de témérité subjective ou d'aveuglement volontaire quant à la possibilité qu'un préjudice découle vraisemblablement de l'inconduite alléguée : voir par exemple *Three Rivers*, précité; *Powder Mountain Resorts*, précité; et *Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) (C.A.)*, précité. Encore là, il ne s'agit pas d'un motif qui justifie la radiation de l'acte de procédure. Il est cependant clair que l'expression [TRADUCTION] « ou devaient savoir » doit être radiée de la déclaration.



- 39 The final factor to be considered is whether the damages that the plaintiffs claim to have suffered as a consequence of the aforementioned misconduct are compensable. In the defendant officers' submission, the alleged damages are non-compensable. Consequently, it is their submission that even if the plaintiffs could prove the other elements of the tort, it still would be plain and obvious that the actions for misfeasance in a public office must fail.
- 40 In the defendant officers' submission, the essence of the plaintiffs' claim is that they were deprived of a thorough, competent and credible investigation. And owing to the fact that no individual has a private right to a thorough, competent and credible criminal investigation, the plaintiffs have suffered no compensable damages. If this were an accurate assessment of the plaintiffs' claim, I would agree. Individual citizens might desire a thorough investigation, or even that the investigation result in a certain outcome, but they are not entitled to compensation in the absence of a thorough investigation or if the desired outcome fails to materialize. This, however, is not an accurate assessment of the plaintiffs' submission. In their statement of claim, the plaintiffs also allege that they have suffered physically, psychologically and emotionally, in the form of mental distress, anger, depression and anxiety as a direct result of the defendant officers' failure to cooperate with the SIU.
- 41 Although courts have been cautious in protecting an individual's right to psychiatric well-being, compensation for damages of this kind is not foreign to tort law. As the law currently stands, that the appellant has suffered grief or emotional distress is insufficient. Nevertheless, it is well established that compensation for psychiatric damages is available in instances in which the plaintiff suffers from a "visible and provable illness" or "recognizable physical or psychopathological harm": see for example *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 216, and *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99. Consequently, even if the plaintiffs could prove that they had suffered psychiatric damage, in the form of anxiety or
- Le dernier facteur à considérer est le caractère indemnisable des dommages que les demandeurs disent avoir subis par suite de l'inconduite mentionnée précédemment. Les agents défendeurs prétendent que les dommages allégués ne donnent pas ouverture à indemnisation. Ils font conséquemment valoir que, même si les demandeurs parvenaient à établir l'existence des autres éléments constitutifs du délit, il serait encore évident et manifeste que les actions fondées sur la faute dans l'exercice d'une charge publique sont vouées à l'échec.
- Selon les agents défendeurs, les demandeurs cherchent à se faire dédommager essentiellement parce qu'on les a privés d'une enquête approfondie, satisfaisante et crédible. Et comme nul ne dispose d'un droit privé de bénéficier d'une enquête criminelle qui soit approfondie, satisfaisante et crédible, les demandeurs n'ont subi aucun dommage indemnisable. Si c'était bien ce que revendiquent les demandeurs, je serais de cet avis. Les citoyens peuvent souhaiter qu'une enquête soit approfondie, ou même qu'elle aboutisse à un certain résultat, mais ils ne sont pas en droit d'obtenir réparation si l'enquête ne s'avère pas approfondie ou s'ils n'obtiennent pas le résultat escompté. Ce n'est cependant pas ce que revendiquent les demandeurs. Dans leur déclaration, ils allèguent en outre que l'omission des agents défendeurs de collaborer avec l'UES leur a directement causé des souffrances physiques, psychologiques et émotionnelles se manifestant par la souffrance morale, la colère, la dépression et l'anxiété.
- Bien que les tribunaux soient prudents lorsqu'il s'agit de protéger le droit individuel à un certain bien-être mental, l'octroi d'une indemnité pour des dommages relevant de cette catégorie n'est pas étranger au droit de la responsabilité délictuelle. Dans l'état actuel du droit, le fait que l'appelant ait subi ou vécu un trouble émotionnel ne suffit pas. Il est néanmoins bien établi que le demandeur qui souffre d'une « maladie visible et prouvable » ou de « dommages physiques ou psychopathologiques perceptibles » peut réclamer une indemnité pour problèmes psychiatriques : voir par exemple *Guay c. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 216, et *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99. En

depression, they still would have to prove both that it was caused by the alleged misconduct and that it was of sufficient magnitude to warrant compensation. But the causation and magnitude of psychiatric damage are matters to be determined at trial. At the pleadings stage, it is sufficient that the statement of claim alleges that the plaintiffs have suffered mental distress, anger, depression and anxiety as a consequence of the alleged misconduct.

In the final analysis, I would allow the appeal in respect of the actions for misfeasance in a public office. If the facts are taken as pleaded, it is not plain and obvious that the actions for misfeasance in a public office against the defendant officers and the Chief must fail. The plaintiffs may well face an uphill battle, but they should not be deprived of the opportunity to prove each of the constituent elements of the tort.

### C. *The Actions for Negligence*

In addition to the actions for misfeasance in a public office, the statement of claim includes actions for negligence against the Chief, the Board and the Province. The essence of these claims is that the Chief, the Board and the Province are liable as a consequence of their failure to ensure that the defendant officers complied with s. 113(9) of the *Police Services Act*.

In order for an action in negligence to succeed, a plaintiff must be able to establish three things: (i) that the defendant owed the plaintiff a duty of care; (ii) that the defendant breached that duty of care; and (iii) that damages resulted from that breach. The primary question that arises on this appeal is in respect of the first element, namely, whether the defendants owed to the appellants a duty to take reasonable care to ensure that the defendant officers cooperated with the SIU investigation. If the defendants are under no such obligation, the actions for negligence cannot

conséquence, même si les demandeurs pouvaient démontrer qu'ils ont souffert de problèmes psychiatriques — sous forme d'anxiété ou de dépression —, ils devraient tout de même prouver que ces problèmes découlaient de l'inconduite alléguée et qu'ils étaient d'une importance telle qu'ils justifiaient l'octroi d'une indemnité. Les questions relatives à la causalité et à l'importance des problèmes psychiatriques devront toutefois être tranchées au procès. Au stade des actes de procédure, il suffit que les demandeurs allèguent dans leur déclaration que l'inconduite alléguée leur a causé des souffrances morales, de la colère, de la dépression et de l'anxiété.

En dernière analyse, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique. Si l'on tient les faits allégués pour avérés, il n'est pas évident et manifeste que les actions formées contre les agents défendeurs et le chef pour fautes dans l'exercice d'une charge publique sont vouées à l'échec. Les demandeurs n'auront certes pas la tâche facile, mais on ne devrait pas pour autant les priver de la possibilité de prouver chacun des éléments constitutifs du délit.

### C. *Les actions pour négligence*

Outre les actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique, les demandeurs intentent des actions pour négligence dirigées contre le chef, la commission et la province. Ils allèguent essentiellement dans leur déclaration que le chef, la commission et la province sont responsables du fait qu'ils n'ont pas veillé à ce que les agents défendeurs respectent le par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers*.

Pour avoir gain de cause dans son action pour négligence, le demandeur doit être en mesure d'établir trois éléments : (i) le défendeur était tenu à une obligation de diligence à son endroit; (ii) le défendeur a manqué à cette obligation de diligence; et (iii) il en est résulté des dommages. La principale question que soulève le pourvoi a trait au premier élément, soit de savoir si les défendeurs étaient tenus envers les appelants de prendre raisonnablement soin de s'assurer que les agents défendeurs collaboraient à l'enquête de l'UES. Faute pour les défendeurs

42

43

44

succeed. After discussing the general principles applicable to the duty of care analysis, I will go on to discuss this approach in the context of the negligence actions against the Chief, the Board and the Province. I will also address the defendants' submission that complained of harm is non-compensable.

(1) The Duty of Care

45 It is a well-established principle that a defendant is not liable in negligence unless the law exacts an obligation in the circumstances to take reasonable care. As Lord Esher concluded in *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.), at p. 497, “[a] man is entitled to be as negligent as he pleases towards the whole world if he owes no duty to them.” Duty may therefore be defined as an obligation, recognised by law, to take reasonable care to avoid conduct that entails an unreasonable risk of harm to others.

46 It is now well established in Canada that the existence of such a duty is to be determined in accordance with the two-step analysis first enunciated by the House of Lords in *Ann v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, at pp. 751-52:

First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter — in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise.

See for example *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *London Drugs Ltd. v. Kuehne &*

d’être soumis à une telle obligation, les actions pour négligence sont vouées à l’échec. Après examen des principes généraux applicables à l’obligation de diligence, j’analyserai cette approche dans le contexte des actions pour négligence intentées contre le chef, la commission et la province. Je me pencherai également sur la prétention des défendeurs selon laquelle le préjudice dont se plaignent les demandeurs n’ouvre pas droit à une indemnisation.

(1) L’obligation de diligence

Il existe un principe bien établi selon lequel le défendeur n’est pas responsable de négligence si la loi ne l’assujettit pas dans les circonstances à une obligation de diligence raisonnable. Comme l’a conclu lord Esher dans l’arrêt *Le Lievre c. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.), p. 497, [TRADUCTION] « [u]n homme a le droit d’être aussi négligent qu’il lui plaît envers les autres s’il n’a aucune obligation à leur égard. » On pourrait donc dire qu’il s’agit d’une obligation, reconnue en droit, de prendre raisonnablement soin d’éviter toute conduite qui expose autrui à un risque déraisonnable de préjudice.

De nos jours, il est bien établi au Canada que l’existence d’une telle obligation doit être déterminée suivant l’analyse en deux étapes élaborée pour la première fois par la Chambre des lords dans l’arrêt *Ann c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, p. 751-752 :

[TRADUCTION] En premier lieu, il faut se demander s’il existe, entre l’auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l’auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l’autre personne — auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l’affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s’il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l’obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l’inexécution de cette obligation.

Voir par exemple les arrêts *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *London Drugs Ltd. c.*

*Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; and *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79.

The first stage of analysis, then, demands an inquiry into whether there is a sufficiently close relationship between the plaintiff and defendant that the defendant owes to the plaintiff a *prima facie* duty of care. The question of when such a duty arises is one with which this Court and others have repeatedly grappled since Lord Atkin enunciated the neighbour principle in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at p. 580:

The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

As eloquently observed by Professor J. G. Fleming, this passage is a sacrosanct preamble to judicial disquisitions on duty, yet contains a fateful ambiguity: *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 151. More specifically, does the reference to persons so closely and directly affected by the conduct in question that the defendant ought reasonably to have had them in contemplation conflate foreseeability of harm and duty? Or does it require something in addition to foreseeability of harm?

In *Cooper, supra*, the Court clearly stated that the latter approach is the correct one. At para. 29 of their joint reasons, McLachlin C.J. and Major J. stated that there must be reasonable foreseeability of harm “plus something more”. At para. 31, they concluded that this “something more” is proximity: in order to establish that the defendant owed the plaintiff a duty of care, the reasonable foreseeability of harm must be supplemented by proximity. It is only if harm is a

*Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79.

La première étape de l'analyse consiste donc à savoir s'il existe un rapport suffisamment étroit entre le demandeur et le défendeur pour qu'à première vue ce dernier soit tenu à une obligation de diligence envers le demandeur. Notre Cour et d'autres tribunaux se sont maintes fois penchés sur les circonstances donnant naissance à cette obligation depuis que lord Atkin a énoncé le principe du prochain dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), p. 580 :

[TRADUCTION] Le commandement tu aimeras ton prochain devient en droit : tu ne léseras pas ton prochain. À la question de l'avocat : Qui est mon prochain? on donnera une réponse restrictive. Il faut agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes ou omissions lorsqu'on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain. Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être : les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement les avoir à l'esprit comme ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question.

Comme l'a fait remarquer avec éloquence le professeur J. G. Fleming, cet extrait qui sert de préambule sacro-saint aux analyses judiciaires sur l'obligation contient pourtant une ambiguïté fatale : *The Law of Torts* (9<sup>e</sup> éd. 1998), p. 151. Plus précisément, lorsqu'on se réfère aux personnes qui sont de si près et si directement touchées par la conduite en question que le défendeur devrait raisonnablement les avoir à l'esprit, parle-t-on de prévisibilité du préjudice et d'obligation? Ou doit-il y avoir plus que la simple prévisibilité du préjudice?

Dans l'arrêt *Cooper*, précité, la Cour a clairement retenu la dernière approche. Au paragraphe 29 de leurs motifs conjoints, la juge en chef McLachlin et le juge Major ont dit qu'il devait y avoir une prévisibilité raisonnable du préjudice, « plus autre chose ». Au paragraphe 31, ils ont conclu que cette « autre chose » était la proximité : pour que le défendeur soit tenu envers le demandeur à une obligation de diligence, la prévisibilité raisonnable du préjudice

reasonably foreseeable consequence of the conduct in question and there is a sufficient degree of proximity between the parties that a *prima facie* duty of care is established. The question that thus arises is what precisely is meant by the term proximity.

49 McLachlin C.J. and Major J. concluded, at para. 32, that the term “proximity”, in the context of negligence law, is used to describe the type of relationship in which a duty of care to guard against foreseeable harm may rightly be imposed. As this Court stated in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24:

The label “proximity”, as it was used by Lord Wilberforce in *Anns, supra*, was clearly intended to connote that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are of such a nature that the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff’s legitimate interests in conducting his or her affairs.

50 Consequently, the essential purpose of the inquiry is to evaluate the nature of that relationship in order to determine whether it is just and fair to impose a duty of care on the defendant. The factors that are relevant to this inquiry depend on the circumstances of the case. As stated by McLachlin J. (as she then was) in *Norsk, supra*, at p. 1151, “[p]roximity may be usefully viewed, not so much as a test in itself, but as a broad concept which is capable of subsuming different categories of cases involving different factors” (cited with approval in *Hercules Managements, supra*, at para. 23, and *Cooper, supra*, at para. 35). Examples of factors that might be relevant to the inquiry include the expectations of the parties, representations, reliance and the nature of the property or interest involved.

51 The second stage of the *Anns* test requires the trial judge to consider whether there exist any residual policy considerations that ought to negative or reduce the scope of the duty or the class of persons to whom it is owed. In *Cooper*, McLachlin C.J.

doit se doubler de la proximité. Ce n’est que si le préjudice est une conséquence raisonnablement prévisible de la conduite en question et que les parties sont liées entre elles par un degré suffisant de proximité qu’on peut conclure à l’existence d’une obligation de diligence *prima facie*. Qu’entend-on alors précisément par proximité?

La juge en chef McLachlin et le juge Major ont conclu au par. 32 que, dans le contexte du droit en matière de négligence, le terme « proximité » servait à décrire le genre de lien permettant de justifier l’imposition de l’obligation de diligence en tant que protection contre le préjudice prévisible. Comme notre Cour l’a énoncé dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24 :

L’expression « lien étroit », utilisée par lord Wilberforce dans l’arrêt *Anns*, précité, visait clairement à laisser entendre que les circonstances entourant le lien existant entre le demandeur et le défendeur sont telles qu’on peut affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans la gestion de ses affaires.

L’examen consiste donc essentiellement à apprécier la nature de ce lien afin de déterminer s’il est juste et équitable d’imposer une obligation de diligence au défendeur. Les facteurs pertinents à cet égard dépendent des circonstances de l’affaire. Comme la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) l’a dit dans l’arrêt *Norsk*, précité, p. 1151, « [l]e lien étroit peut être utilement considéré non pas tellement comme un critère en soi, mais comme une notion large qui peut inclure différentes catégories d’affaires comportant différents facteurs » (cité avec approbation dans les arrêts *Hercules Managements*, précité, par. 23, et *Cooper*, précité, par. 35). Parmi les facteurs qui peuvent s’avérer pertinents quant à l’examen, mentionnons les attentes des parties, les déclarations, la confiance, ainsi que la nature des biens en cause et d’autres intérêts en jeu.

À la seconde étape du critère de l’arrêt *Anns*, le juge de première instance doit se demander s’il existe des considérations de politique résiduelles susceptibles d’écarter l’obligation de diligence, d’en réduire la portée ou de limiter la catégorie des

and Major J. wrote, at para. 37, that this stage of the analysis is not concerned with the relationship between the parties but, rather, with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally. At this stage of the analysis, the question to be asked is whether there exist broad policy considerations that would make the imposition of a duty of care unwise, despite the fact that harm was a reasonably foreseeable consequence of the conduct in question and there was a sufficient degree of proximity between the parties that the imposition of a duty would not be unfair.

## (2) Application of the *Anns* Test

The essence of the appellants' claim is that the Chief, the Board and the Province breached a duty to take reasonable care to ensure that the defendant officers complied with their legal obligation to cooperate with the SIU investigation. In order for this to give rise to an action in negligence, it must first be true that the defendants owed the appellants a duty to take such care. On the analysis above, this requires the Odhavji family to establish each of the following: (i) that the harm complained of is a reasonably foreseeable consequence of the alleged breach; (ii) that there is sufficient proximity between the parties that it would not be unjust or unfair to impose a duty of care on the defendants; and (iii) that there exist no policy reasons to negative or otherwise restrict that duty. If the defendants did not owe such a duty to the appellants, it is plain and obvious that the actions for negligence cannot succeed.

### (i) *Police Chief Boothby*

The conclusion that the harm complained of is a reasonably foreseeable consequence of the Chief's conduct is dependent on the prior conclusion that it is a reasonably foreseeable consequence of an inadequate investigation into the shooting incident.

personnes à qui elle est due. Dans l'arrêt *Cooper*, la juge en chef McLachlin et le juge Major ont écrit au par. 37 qu'à cette étape de l'analyse, ces considérations ne portent pas sur le lien existant entre les parties, mais bien sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général. À ce stade de l'analyse, il s'agit de savoir s'il existe une considération de politique générale au regard de laquelle l'imposition d'une obligation de diligence serait malavisée, et ce même si le préjudice était une conséquence raisonnablement prévisible de la conduite en question et que les parties étaient liées par un degré suffisant de proximité pour que l'imposition d'une obligation ne soit pas injuste.

## (2) Application du critère de l'arrêt *Anns*

Les appelants invoquent essentiellement le manquement du chef, de la commission et de la province à l'obligation qui leur incombait d'agir avec diligence raisonnable pour veiller à ce que les agents défendeurs remplissent leur obligation légale de collaborer à l'enquête de l'UES. Pour que ce manquement donne ouverture à une action pour négligence, les défendeurs doivent d'abord être véritablement tenus envers les appelants à une telle obligation. Suivant l'analyse énoncée précédemment, la famille Odhavji doit faire la preuve de chacun des éléments suivants : (i) le préjudice reproché est une conséquence raisonnablement prévisible du manquement allégué; (ii) un lien suffisamment étroit unit les parties, de sorte qu'il ne serait pas injuste ou inéquitable d'imposer une obligation de diligence aux défendeurs; (iii) aucune considération de politique générale n'écarte cette obligation ou n'en restreint la portée de quelque façon que ce soit. Si les défendeurs ne sont pas tenus à une telle obligation envers les appelants, il est évident et manifeste que les actions en négligence sont vouées à l'échec.

### (i) *Le chef de police Boothby*

Pour conclure que le préjudice reproché est une conséquence raisonnablement prévisible de la conduite du chef, il faut tout d'abord avoir conclu qu'il était raisonnablement prévisible que ce préjudice découle d'une enquête inadéquate sur la fusillade.

If it is not reasonably foreseeable that the plaintiffs would suffer psychiatric harm as a consequence of an inadequate investigation into the incident, it is not reasonably foreseeable that the Chief's failure to ensure that the defendant officers' failure to cooperate with the SIU would injure the plaintiffs.

54

It is not immediately clear, in my view, that this initial threshold has been satisfied. Although it is to be expected that an inadequate investigation would distress or anger the close relatives of Mr. Odhavji, it is less obvious that this distress or anger would rise to the level of compensable psychiatric harm. Nevertheless, I do not think it "plain and obvious" that such harm is an unforeseeable consequence of the defendant officers' failure to cooperate with the investigation. The task might be a difficult one, but the appellants should not be deprived of the opportunity to prove that the complained of harm is a reasonably foreseeable consequence of a truncated or otherwise inadequate investigation into the shooting incident. It is reasonably foreseeable that the officers' failure to cooperate with the SIU investigation would harm the appellants. As the Chief was responsible for ensuring that the officers cooperated with the SIU investigation, it is reasonably foreseeable that the Chief's failure to do so would also harm the appellants.

55

The next question that arises is whether there is sufficient proximity between the parties that a duty of care may rightly be imposed on the Chief. It may be that the appellants can show that it was reasonably foreseeable that the alleged misconduct would result in psychiatric harm, but foreseeability alone is an insufficient basis on which to establish a *prima facie* duty of care. In addition to showing foreseeability, the appellants must establish that it is just and fair to impose on the Chief a private law obligation to ensure that the defendant officers cooperated with the SIU. A broad range of factors may be relevant to this inquiry, including a close causal connection, the parties' expectations and any assumed or imposed obligations. See for example *Norsk, supra*, at p. 1153; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000]

S'il n'est pas raisonnablement prévisible que les demandeurs souffrent de problèmes psychiatriques par suite d'une enquête inadéquate sur l'incident, il n'est pas raisonnablement prévisible que l'omission du chef de veiller à ce que les agents défendeurs collaborent avec l'UES cause préjudice aux demandeurs.

À mon avis, il n'est pas évident à première vue qu'on a satisfait à ce critère préliminaire. Quoiqu'on ait pu s'attendre à ce qu'une enquête inadéquate occasionne des souffrances aux proches de M. Odhavji ou les mette en colère, il est moins évident qu'on puisse assimiler ces souffrances ou cette colère à des problèmes psychiatriques susceptibles d'indemnisation. Néanmoins, je ne crois pas que ce préjudice constitue, de façon « évidente et manifeste », une conséquence imprévisible de l'omission des agents défendeurs de collaborer à l'enquête. La tâche qui attend les appelants peut s'avérer ardue, mais on ne devrait pas les priver de la possibilité de démontrer que le préjudice dont ils se plaignent est une conséquence raisonnablement prévisible d'une enquête interrompue ou autrement inadéquate sur la fusillade. Il est raisonnablement prévisible que l'omission des agents de collaborer à l'enquête de l'UES cause préjudice aux appelants. Comme le chef devait s'assurer de la collaboration des agents à l'enquête de l'UES, il est raisonnablement prévisible que son omission à cet égard cause aussi préjudice aux appelants.

Nous devons ensuite nous demander s'il existe une proximité suffisante entre les parties pour qu'une obligation de diligence puisse incomber à juste titre au chef. Il se peut que les appelants puissent démontrer qu'il était raisonnablement prévisible que l'inconduite alléguée leur causerait des problèmes psychiatriques, mais la prévisibilité à elle seule ne saurait justifier l'existence d'une obligation *prima facie* de diligence. Outre la prévisibilité, les appelants doivent démontrer qu'il est juste et équitable d'imposer au chef une obligation de droit privé de veiller à ce que les agents défendeurs collaborent avec l'UES. Un large éventail de facteurs peuvent s'avérer pertinents à cet égard, y compris un lien étroit de causalité, les attentes des parties ainsi que toute obligation présumée ou imposée. Voir par

2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, at paras. 51-52; and *Cooper, supra*, at para. 35.

In the present case, one factor that supports a finding of proximity is the relatively direct causal link between the alleged misconduct and the complained of harm. As discussed above, the duties of a chief of police include ensuring that the members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the *Police Services Act*. In those instances in which a member of the public is injured as a consequence of police misconduct, there is an extremely close causal connection between the negligent supervision and the resultant injury: the failure of the chief of police to ensure that the members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the *Police Services Act* leads directly to the police misconduct, which, in turn, leads directly to the complained of harm. The failure of the Chief to ensure the defendant officers cooperated with the SIU is thus but one step removed from the complained of harm. Although a close causal connection is not a condition precedent of liability, it strengthens the nexus between the parties.

A second factor that strengthens the nexus between the Chief and the Odhavjis is the fact that members of the public reasonably expect a chief of police to be mindful of the injuries that might arise as a consequence of police misconduct. Although the vast majority of police officers in our country exercise their powers responsibly, members of the force have a significant capacity to affect members of the public adversely through improper conduct in the exercise of police functions. It is only reasonable that members of the public vulnerable to the consequences of police misconduct would expect that a chief of police would take reasonable care to prevent, or at least to discourage, members of the force from injuring members of the public through improper conduct in the exercise of police functions.

Finally, I also believe it noteworthy that this expectation is consistent with the statutory obligations

exemple *Norsk*, précité, p. 1153; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, par. 51-52; *Cooper*, précité, par. 35.

En l'espèce, un des facteurs militant en faveur d'une conclusion de proximité est le lien de causalité relativement direct entre l'inconduite alléguée et le préjudice reproché. Comme je l'ai expliqué précédemment, le chef de police est notamment chargé de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément aux dispositions de la *Loi sur les services policiers*. Lorsqu'un membre du public se trouve à subir un préjudice par suite d'une inconduite policière, il existe un lien de causalité extrêmement étroit entre la surveillance négligente et le préjudice qui en résulte : l'omission du chef de police de s'assurer que les membres de corps de police exercent leurs fonctions conformément aux dispositions de la *Loi sur les services policiers* mène directement à l'inconduite policière, laquelle à son tour mène directement au préjudice reproché. Lorsqu'il omet de s'assurer que les agents défendeurs collaborent avec l'UES, le chef n'est qu'à un pas du préjudice qu'on lui reproche. Bien qu'il ne constitue pas une condition préalable de responsabilité, un lien de causalité étroit vient renforcer le lien entre les parties.

Comme second facteur de renforcement du lien unissant le chef aux Odhavji, soulignons que les membres du public s'attendent raisonnablement à ce qu'un chef de police se soucie du préjudice susceptible de résulter d'une inconduite policière. Même si au pays la vaste majorité des policiers exercent leurs pouvoirs de manière responsable, ils peuvent réellement porter préjudice aux membres du public en se conduisant de manière inappropriée dans l'exercice de leurs fonctions. Il est tout à fait raisonnable que les membres du public qui s'exposent aux conséquences de l'inconduite policière puissent s'attendre à ce qu'un chef de police prenne raisonnablement soin d'empêcher que, dans l'exercice de leurs fonctions policières, les membres de son corps de police ne leur causent préjudice par leur conduite inappropriée, ou à tout le moins de les en décourager.

Enfin, la compatibilité de cette attente avec les obligations incombant au chef en vertu de

56

57

58



that s. 41(1)(b) of the *Police Services Act* imposes on the Chief. Under s. 41(1)(b), the Chief is under a freestanding statutory obligation to ensure that the members of the force carry out their duties in accordance with the provisions of the *Police Services Act* and the needs of the community. This includes an obligation to ensure that members of the police force do not injure members of the public through misconduct in the exercise of police functions. The fact that the Chief already is under a duty to ensure compliance with an SIU investigation adds substantial weight to the position that it is neither unjust nor unfair to conclude that the Chief owed to the plaintiffs a duty of care to ensure that the defendant officers did, in fact, cooperate with the SIU investigation.

59

In light of the above factors, I conclude that the circumstances of the case satisfy the first stage of the *Anns* test and raise a *prima facie* duty of care. If it is reasonably foreseeable that the defendant officers' decision not to cooperate with the SIU would injure the plaintiffs, a private law obligation to ensure that the officers cooperate with the SIU is rightly imposed on the Chief. Consequently, the only issue that is left to consider is whether there exist any broad policy considerations that ought to negative the *prima facie* obligation of the Chief to prevent the misconduct.

60

Counsel for the Chief submits that imposing a private law duty on the Chief to ensure that the officers cooperate with the investigation would compromise the independence of the SIU. It is difficult to see how this is the case, particularly as the Chief already is under a statutory obligation to ensure such cooperation. Imposing a duty of care on the Chief to ensure that members of the force cooperate with the SIU would have no bearing on the capacity of the SIU to determine how or in what circumstances to conduct such an investigation. Counsel for the Chief also submits that another factor to consider is the availability of alternative remedies, namely, the public complaints process that allows members of the public to complain in respect of the conduct of

l'al. 41(1)(b) de la *Loi sur les services policiers* est à mon avis digne de mention. En application de cet alinéa, le chef est tenu à une obligation distincte de veiller à ce que les membres du corps de police exercent leurs fonctions conformément aux dispositions de la *Loi sur les services policiers* et aux besoins de la collectivité. Il doit notamment s'assurer que, dans l'exercice de leurs fonctions policières, les membres du corps de police ne portent pas préjudice aux membres du public par leur inconduite. Le fait que le chef est déjà tenu de s'assurer de la collaboration à l'enquête de l'UES milite considérablement en faveur de la thèse selon laquelle il n'est ni injuste ni inéquitable de conclure que le chef devait agir avec diligence envers les demandeurs en veillant à ce que les agents défendeurs collaborent de fait à l'enquête de l'UES.

Compte tenu des facteurs qui précèdent, je conclus que les circonstances de la présente espèce satisfont à la première étape du critère de l'arrêt *Anns* et qu'elles établissent à première vue l'existence d'une obligation de diligence. Si l'on peut raisonnablement prévoir que la décision des agents défendeurs de ne pas collaborer avec l'UES pourrait causer préjudice aux demandeurs, il est dès lors juste d'imposer au chef une obligation de droit privé de s'assurer que les agents collaborent avec l'UES. Par conséquent, il ne reste qu'à se pencher sur l'existence de considérations de politique générale susceptibles d'écarter l'obligation *prima facie* qui incombe au chef de prévenir l'inconduite.

L'avocat du chef prétend que l'imposition à l'égard du chef d'une obligation de droit privé de s'assurer de la collaboration des agents à l'enquête risque de compromettre l'indépendance de l'UES. Je vois mal comment il en serait ainsi, d'autant plus que le chef est déjà tenu par la loi de voir à une telle collaboration. Imposer au chef une obligation de diligence de s'assurer que les membres du corps de police collaborent avec l'UES n'aurait aucune incidence sur la capacité de l'UES de décider quand et comment procéder à cette enquête. L'avocat du chef fait de plus valoir qu'il faut aussi tenir compte d'autres recours possibles, à savoir le processus d'examen des plaintes dont les membres du public peuvent se prévaloir pour se plaindre de la conduite

a police officer. What the appellants seek, though, is not the opportunity to file a complaint that might result in the imposition of disciplinary sanctions but, rather, compensation for the psychological harm that they have suffered as a consequence of the Chief's inadequate supervision. The public complaints process is no alternative to liability in negligence.

In short, I believe that it would be inappropriate to strike the action for negligent supervision against the Chief on the basis that he did not owe the plaintiffs a duty of care. If the plaintiffs can establish that the complained of harm is a reasonably foreseeable consequence of the Chief's failure to ensure that the defendant officers cooperated with the SIU, the Chief was under a private law duty of care to take reasonable care to prevent such misconduct. The cross-appeal against the Court of Appeal's decision to allow the action in negligence against Police Chief Boothby to proceed is therefore dismissed.

(ii) *Metropolitan Toronto Police Services Board*

The plaintiffs do not allege that the Board was under a private law obligation to ensure that the defendant officers in this appeal cooperated with the SIU investigation into the allegedly wrongful death of Mr. Odhavji. Rather, the basis of the action is that the Board breached a duty of care to ensure that police officers, as a matter of general practice, cooperate with SIU investigations. The duty of care is owed not to the Odhavjis in particular, but to the family of a person harmed by the police.

The first question to answer is whether it is reasonably foreseeable that the family of a person harmed by the police would suffer acute anxiety or depression as a consequence of the Board's failure to enact additional policies or training procedures for the purpose of ensuring that police officers cooperate with the SIU. But, once again, foreseeability

d'un agent de police. Ce que les appelants recherchent, cependant, n'est pas la possibilité de déposer une plainte susceptible de mener à des sanctions disciplinaires, mais plutôt l'indemnisation du préjudice psychologique dont ils ont souffert en raison de la surveillance inadéquate du chef. Le processus d'examen des plaintes du public ne peut d'aucune façon se substituer à la responsabilité pour négligence.

Bref, j'estime qu'il serait inopportun de radier l'action intentée contre le chef pour cause de surveillance négligente au motif que celui-ci n'était nullement tenu à une obligation de diligence envers les demandeurs. Si les demandeurs parviennent à démontrer que le préjudice dont ils se plaignent est une conséquence raisonnablement prévisible de l'omission du chef de s'assurer que les agents défenseurs collaborent avec l'UES, il incombait au chef, tenu à une obligation de diligence de droit privé, de prendre raisonnablement soin d'empêcher une telle inconduite. Le pourvoi incident déposé à l'encontre de la décision de la Cour d'appel de permettre l'instruction de l'action pour négligence engagée contre le chef de police Boothby est par conséquent rejeté.

(ii) *La Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto*

Les demandeurs n'allèguent pas que la commission était tenue à une obligation de droit privé de s'assurer que les agents défenseurs collaborent en l'espèce à l'enquête de l'UES sur le décès de M. Odhavji, qu'on dit avoir été causé par la faute d'autrui. Leur action se fonde plutôt sur le manquement de la commission à une obligation de diligence qui lui incombait de veiller en général à ce que les agents de police collaborent aux enquêtes de l'UES. Ce ne sont pas les Odhavji en particulier qui sont créanciers de l'obligation de diligence, mais bien la famille de la personne lésée par la police.

Il s'agit premièrement de savoir s'il est raisonnablement prévisible que la famille d'une personne lésée par la police souffre d'anxiété aiguë ou de dépression en raison de l'omission de la commission d'élaborer d'autres politiques ou procédures de formation pour veiller à ce que les agents de police collaborent avec l'UES. Rappelons toutefois que la

61

62

63

alone is insufficient. Even if it is reasonably foreseeable that the Board's decision not to enact additional procedures would exacerbate the allegedly systematic failure of the police officers to cooperate with the SIU, and that this, in turn, would cause the families of persons harmed by the police to suffer psychiatric harm, it still must be determined whether the Board is under a private law duty to ensure that members of the force, as a matter of general practice, cooperate with the SIU. For the reasons that follow, I am of the view that the Board is under no such duty.

64

The first factor that I consider is the lack of a close causal connection between the alleged misconduct and the complained of harm. As discussed earlier, the fact that a chief of police is in a direct supervisory relationship with members of the force gives rise to a certain propinquity between the Chief and the Odhavjis; the close connection between the Chief's inadequate supervision and the officers' subsequent failure to cooperate with the SIU establishes a nexus between the Chief and the individuals who are injured as a consequence of the officers' misconduct. The Board, however, is much further in the background than the Chief. Unlike the Chief, the Board does not directly involve itself in the day-to-day conduct of police officers, but, rather, implements general policy and monitors the performance of the various chiefs of police. The Board does not supervise members of the force, but, rather, supervises the Chief (who, in turn, supervises members of the force). This lack of involvement in the day-to-day conduct of the police force weakens substantially the nexus between the Board and members of the public injured as a consequence of police misconduct.

65

A second factor that distinguishes the Board from the Chief is the absence of a statutory obligation to ensure that members of the police force cooperate with the SIU. As discussed earlier, the express duties of the Chief include ensuring that members of the force comply with s. 113(9) of the *Police Services Act*. Under s. 31(1), the Board is responsible for the provision of adequate and effective police services, but is not under an express

prévisibilité à elle seule ne suffit pas. Même si on pouvait raisonnablement prévoir que la décision de la commission de ne pas élaborer d'autres procédures exacerberait le défaut dit systématique des agents de police de collaborer avec l'UES, et que cela causerait des problèmes psychiatriques aux familles des personnes lésées par la police, nous devons encore décider s'il incombe à la commission une obligation de droit privé de veiller en général à ce que les membres de corps de police collaborent avec l'UES. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la commission n'était nullement assujettie à une telle obligation.

J'aborde comme premier facteur l'absence de lien étroit de causalité entre l'inconduite alléguée et le préjudice reproché. Comme je l'ai déjà souligné, le fait qu'un chef de police exerce une surveillance directe sur les membres de corps de police crée une certaine proximité entre lui et les Odhavji; la relation étroite entre la surveillance inadéquate du chef et l'omission subséquente des agents de collaborer avec l'UES établit un lien entre le chef et les personnes lésées par l'inconduite des agents. Le lien avec la commission se révèle cependant beaucoup plus atténué qu'avec le chef. Contrairement à ce dernier, la commission ne s'immisce pas directement dans les opérations quotidiennes des agents de police, voyant plutôt à la mise en œuvre de politiques générales et surveillant le rendement des divers chefs de police. Elle n'exerce aucune supervision à l'égard des membres de corps de police, mais elle supervise le chef (lequel, à son tour, supervise les membres du corps de police). Cette absence d'intervention dans les opérations quotidiennes du corps de police affaiblit considérablement le lien entre la commission et les membres du public lésés par l'inconduite policière.

Le second facteur qui distingue la commission du chef est l'absence d'obligation légale de veiller à ce que les membres du corps de police collaborent avec l'UES. Rappelons que parmi les fonctions qui lui incombent expressément, le chef doit veiller à ce que les membres du corps de police se conforment au par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers*. En vertu du par. 31(1), la commission est chargée de la prestation de services policiers convenables

obligation to ensure that members of the force carry out their duties in accordance with the *Police Services Act*. The absence of such an obligation is consistent with the general tenor of s. 31(1), which provides the Board with a broad degree of discretion to determine the policies and procedures that are necessary to provide adequate and effective police services. A few enumerated exceptions aside, the Board is free to determine what objectives to pursue, and what policies to enact in pursuit of those objectives.

It is possible, I concede, that circumstances might arise in which the Board is required to address a particular problem in order to discharge its statutory obligation to provide adequate and effective police services. If there was evidence, for example, of a widespread problem in respect of the excessive use of force in the detention of visible minorities, the Board arguably is under a positive obligation to combat racism and the resultant use of excessive force. But as a general matter, courts should be loath to interfere with the Board's broad discretion to determine what objectives and priorities to pursue, or what policies to enact in pursuit of those objectives. Suffice it to say, the Board's decision not to enact additional policies or training procedures in respect of s. 113(9) does not constitute a breach of its obligation to provide "adequate and effective" police services.

Considered against this backdrop, I conclude that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are not such that a duty of care to ensure that members of the police force cooperate with the SIU may rightly be imposed. The appeal against the Court of Appeal's decision to strike the action against the Board is dismissed.

(iii) *The Province*

As with the Board, the plaintiffs do not allege that the Province, through the Solicitor General, was under a private law obligation to ensure that

et efficaces, mais elle n'est pas expressément tenue de veiller à ce que les membres de corps de police exercent leurs fonctions conformément à la *Loi sur les services policiers*. L'absence d'une telle obligation est compatible avec la teneur générale du par. 31(1), qui confère à la commission un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer les politiques et les procédures qui s'imposent pour la prestation de services policiers convenables et efficaces. À quelques exceptions près, il est loisible à la commission d'identifier les objectifs à atteindre et d'élaborer des politiques en conséquence.

Je reconnais que, pour s'acquitter de l'obligation légale qui lui incombe de fournir des services policiers convenables et efficaces, la commission doit parfois trouver une solution à un problème précis. Si, par exemple, la preuve attestait l'existence d'un problème répandu de recours à une force excessive dans la détention des minorités visibles, on pourrait soutenir que la commission est assujettie à une obligation positive de lutter contre le racisme et le recours à la force excessive qui en résulte. Cependant, les tribunaux devraient en règle générale répugner à s'immiscer dans l'exercice du large pouvoir discrétionnaire de la commission de déterminer les objectifs et les priorités à atteindre, ou les politiques à élaborer dans l'atteinte de ces objectifs. Qu'il suffise de dire que la décision de la commission de ne pas élaborer d'autres politiques ou procédures de formation au regard du par. 113(9) ne constitue pas un manquement à son obligation relative à la prestation de services policiers « convenables et efficaces ».

C'est sur cette toile de fond que je conclus que les circonstances entourant le lien entre le demandeur et le défendeur ne sont pas de nature à commander à juste titre l'imposition d'une obligation de diligence consistant à veiller à ce que les membres du corps de police collaborent avec l'UES. L'appel de la décision de la Cour d'appel de radier l'action contre la commission est rejeté.

(iii) *La province*

Comme dans le cas de la commission, les demandeurs n'allèguent pas que la province était tenue, par l'entremise du solliciteur général, à une obligation

66

67

68

the defendant officers in this appeal cooperated with the investigation into the allegedly wrongful death of Mr. Odhavji. Rather, the basis of the action is that the Province breached a private law obligation to institute policies and training procedures for the purpose of ensuring that members of the force, as a matter of general practice, cooperate with the SIU. Owing to the fact that my conclusions in respect of the action against the Province mirror my conclusions in respect of the action against the Board, the following analysis is fairly brief.

69

As above, I am not certain that it is reasonably foreseeable that the Solicitor General's decision not to institute further policies and training procedures in respect of s. 113(9) would cause the families of persons harmed by the police to suffer compensable psychiatric harm. This, however, is a matter that is properly addressed at trial. But even if it is reasonably foreseeable that the failure of the Solicitor General to institute further policies and training procedures in respect of s. 113(9) would cause the families of persons harmed by the police to suffer compensable psychiatric harm, there is insufficient proximity between the parties to conclude that the Province is under a private law obligation to ensure that members of the force comply with s. 113(9) of the *Police Services Act*.

70

Like the Board, the Province is not directly involved in the day-to-day conduct of members of the police force. Whereas the Police Chief is in a direct supervisory relationship with members of the force, the Solicitor General's involvement in the conduct of police officers is limited to a general obligation to monitor boards and police forces to ensure that adequate and effective police services are provided and to develop and promote programs to enhance professional police practices, standards and training. Like the Board, the Province is very much in the background, perhaps even more so. The lack of any direct involvement in the day-to-day conduct of members of the force substantially weakens the nexus between the Province and the

de droit privé de veiller à ce que les agents défenseurs collaborent en l'espèce à l'enquête sur le décès de M. Odhavji, qu'on dit avoir été causé par la faute d'autrui. Ils invoquent plutôt, comme fondement de leur action, le manquement de la province à une obligation de droit privé de mettre en place des politiques et des procédures de formation en vue de s'assurer de la collaboration générale des membres du corps de police avec l'UES. Vu que mes conclusions quant à l'action intentée contre la commission valent tout autant pour l'action dirigée contre la province, l'analyse qui suit est assez brève.

Comme précédemment, j'hésite à dire qu'on pouvait raisonnablement prévoir que la décision du solliciteur général de ne pas instaurer d'autres politiques et procédures de formation au regard du par. 113(9) occasionnerait aux familles des personnes lésées par la police des problèmes psychiatriques ouvrant droit à indemnisation. Il s'agit toutefois là d'une question qu'il convient d'instruire au procès. Mais même s'il était raisonnablement prévisible que l'omission du solliciteur général de mettre en œuvre d'autres politiques et procédures de formation au regard du par. 113(9) causerait aux familles des personnes lésées par la police des problèmes psychiatriques pour lesquels ils pouvaient être indemnisés, il n'existe pas entre les parties une proximité suffisante pour conclure que la province est soumise à une obligation de droit privé de veiller au respect du par. 113(9) de la *Loi sur les services policiers* par les membres du corps de police.

À l'instar de la commission, la province n'intervient pas directement dans les opérations quotidiennes des membres du corps de police. Alors que le chef de police exerce une surveillance directe sur les membres de son corps de police, l'intervention du solliciteur général dans les opérations des agents de police se limite à une obligation générale de surveiller les commissions de police et les corps de police pour veiller à ce que des services policiers convenables et efficaces soient offerts et d'élaborer des programmes visant à accroître le caractère professionnel de la formation, des normes et des pratiques policières, et d'en faire la promotion. Comme la commission, la province joue un rôle très effacé, peut-être même davantage. L'absence d'intervention

plaintiffs. The Province simply is too far removed from the day-to-day conduct of members of the force to be under a private law obligation to ensure that members of the force cooperate with the SIU.

This lack of any direct involvement in the day-to-day conduct of police officers is compounded by the fact that the responsible minister is not under a statutory obligation to ensure that police officers cooperate with the SIU. Under s. 3(2) of the *Police Services Act*, the Solicitor General is under a general duty to monitor police forces to ensure that adequate and effective police services are provided. It is not, however, under an obligation to ensure that members of the force carry out their duties in accordance with the *Police Services Act* and the needs of the community. Although I do not foreclose the possibility that s. 3(2) might give rise to a statutory obligation to address widespread or systemic misconduct of a particularly serious nature, the circumstances of this case do not give rise to such an obligation. The Solicitor General's decision not to enact additional policies or training procedures in respect of s. 113(9) does not constitute a breach of his duty to ensure that the Board provides "adequate and effective" police services in the municipality.

For the above reasons, it is my conclusion that the Province does not owe to the plaintiffs a duty of care. Absent a more direct involvement in the day-to-day conduct of police officers or a statutory obligation to ensure that members of the force comply with s. 113(9), it would be improper to impose on the Province a private law obligation to ensure that members of the police force cooperate with the SIU. The appeal against the Court of Appeal's decision to strike the action against the Province is dismissed.

### (3) Damages

The final factor to consider is the defendants' submission that the alleged injuries are non-compensable. Consequently, it is their submission

directe dans les opérations quotidiennes des membres du corps policier affaiblit considérablement le lien entre la province et les demandeurs. La province est tout simplement trop éloignée des opérations quotidiennes des membres du corps policier pour être assujettie à une obligation de droit privé de veiller à ce que ceux-ci collaborent avec l'UES.

À cette situation s'ajoute le fait qu'il n'incombe pas de par la loi au ministre responsable de s'assurer que les agents de police collaborent avec l'UES. Suivant le par. 3(2) de la *Loi sur les services policiers*, le solliciteur général a généralement pour fonction de surveiller les corps de police pour veiller à ce que des services policiers convenables et efficaces soient offerts. Il n'a toutefois pas à s'assurer que les membres de corps de police exercent leurs fonctions conformément à la *Loi sur les services policiers* et aux besoins de la collectivité. Bien que je n'exclue pas la possibilité que le par. 3(2) serve de fondement à une obligation légale de corriger une inconduite généralisée ou systémique particulièrement grave, les circonstances en l'espèce ne font pas naître une telle obligation. La décision du solliciteur général de ne pas mettre sur pied d'autres politiques ou procédures de formation au regard du par. 113(9) ne constitue pas un manquement de sa part à l'obligation qui lui incombe de veiller à ce que la commission offre des services policiers « convenables et efficaces » dans la municipalité.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la province n'est pas tenue envers les demandeurs à une obligation de diligence. En l'absence d'une intervention plus directe dans les opérations quotidiennes des agents de police ou d'une obligation légale de veiller au respect du par. 113(9) par les membres de corps de police, il serait inopportun d'imposer à la province une obligation de droit privé de s'assurer que les membres du corps de police collaborent avec l'UES. L'appel de la décision de la Cour d'appel de radier l'action intentée contre la province est rejeté.

### (3) Domages-intérêts

Il faut considérer, comme dernier facteur, la prétention des défendeurs portant que les préjudices qui auraient été subis ne donnent pas ouverture à

71

72

73

that even if it is established that the defendants owed the plaintiffs a duty of care, it is still plain and obvious that the actions for negligence must fail.

74

As discussed in the context of the actions for misfeasance in a public office, courts have been cautious in protecting an individual's right to psychiatric well-being, but it is well established that compensation for psychiatric damages is available in instances in which the plaintiff suffers a "visible and provable illness" or "recognizable physical or psychopathological harm". At the pleadings stage, it is sufficient that the statement of claim alleges mental distress, anger, depression and anxiety as a consequence of the defendant's negligence. Causation and the magnitude of psychiatric damage are matters to be determined at trial.

#### D. *The Court of Appeal's Costs Award*

75

A final issue to consider is the Court of Appeal's decision to follow the usual rule that the successful party is entitled to costs. In the plaintiffs' submission, it was improper for the Court of Appeal to award costs to the defendant officers and the Province. By the consent of the parties, a "no-costs" order was made in respect of the actions against the Chief and the Board. The plaintiffs submit that they are public interest litigants and should not have been required to pay costs.

76

Although circumstances might arise in which there are cogent arguments for departing from the normal cost rules, I have difficulty conceptualizing the plaintiffs in the present appeal as public interest litigants. In the plaintiffs' own submissions, there are typically two types of public interest litigants: (i) litigants who have no direct pecuniary or other material interest in the proceedings (e.g., a non-profit organization); and (ii) litigants who do have a pecuniary interest, but whose interest is modest in comparison to the cost of the proceedings. The plaintiffs in the present case do not fit into either

indemnisation. En conséquence, ils soutiennent que même s'ils étaient soumis à une obligation de diligence envers les demandeurs, les actions pour négligence sont, de manière évidente et manifeste, vouées à l'échec.

Comme nous l'avons vu s'agissant des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique, les tribunaux sont prudents lorsqu'ils sont appelés à protéger le droit individuel à un certain bien-être mental; il est toutefois bien établi que le demandeur qui souffre d'une « maladie visible et prouvable » ou de « dommages physiques ou psychopathologiques perceptibles » peut réclamer une indemnité pour problèmes psychiatriques. Au stade des actes de procédure, il suffit que les demandeurs allèguent dans leur déclaration que la négligence des défendeurs a été la cause de leurs souffrances morales, de leur colère, de leur dépression et de leur anxiété. Les questions relatives à la causalité et à l'importance des problèmes psychiatriques devront être tranchées au procès.

#### D. *L'adjudication des dépens par la Cour d'appel*

Il nous faut enfin examiner la décision de la Cour d'appel de suivre la règle usuelle selon laquelle la partie ayant obtenu gain de cause a droit aux dépens. Les demandeurs soutiennent qu'il était inapproprié pour la Cour d'appel d'octroyer les dépens aux agents défendeurs et à la province. Du consentement des parties, une ordonnance « sans frais » a été rendue pour les actions engagées contre le chef et la commission. Les demandeurs font valoir qu'étant parties à un litige d'intérêt public, ils n'auraient pas dû être condamnés aux dépens.

Quoiqu'on puisse invoquer dans certaines circonstances des arguments convaincants pour déroger aux règles normales en matière de dépens, je m'explique mal en quoi les demandeurs en l'espèce peuvent être parties à un litige d'intérêt public. Selon ce qu'ils allèguent, il existe généralement deux types de parties à un litige d'intérêt public : (i) celles qui n'ont aucun intérêt pécuniaire direct ou autre intérêt matériel dans l'instance (par ex., une organisation sans but lucratif); et (ii) celles qui n'ont pas d'intérêt pécuniaire, mais dont l'intérêt dans l'instance est peu considérable comparativement à

category — and thus do not fit their own definition of a public interest litigant. Indeed, it is difficult to regard a plaintiff who is seeking several millions of dollars in damages as a public interest litigant. The fact that the actions involve public authorities and raise issues of public interest is insufficient to alter the essential nature of the litigation.

Moreover, under rule 57.01(1) of the *Rules of Civil Procedure*, costs awarded in a proceeding are a matter of discretion for the court. Consequently, this Court should not interfere with a lower court's exercise of that discretion unless there is a clear and compelling reason for doing so. See for example *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315. In the present case, there is no such basis on which to interfere with the Court of Appeal's decision to award costs in accordance with the usual rule that the successful party is entitled to costs.

## V. Disposition

In the result, the appeal against the Court of Appeal's decision to strike the actions for misfeasance in a public office is allowed. The judgment of the Court of Appeal is set aside, and an order will issue striking the phrase "or ought to have known" from the amended statement of claim. The cross-appeal against the Court of Appeal's decision to allow the action in negligence in respect of the SIU investigation against the Chief to proceed is dismissed, as is the appeal against the Court of Appeal's decision to strike the actions in negligence in respect of the SIU investigation against the Board and the Province. Although success has been divided, the plaintiffs have achieved a significant success in respect of the actions against the defendant officers and the Chief. Accordingly, I would award costs to the plaintiffs in this Court.

*Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed with costs.*

son coût. Les demandeurs dans le présent pourvoi ne relèvent d'aucune de ces catégories — et ne sont pas visés par leur propre définition de ce qu'est une partie à un litige d'intérêt public. En fait, il est difficile de concevoir qu'un demandeur qui réclame plusieurs millions de dollars en dommages-intérêts puisse être partie à un litige d'intérêt public. Le fait que les actions mettent en cause les autorités publiques et qu'elles soulèvent des questions d'intérêt public ne suffit pas à modifier la nature fondamentale du litige.

Qui plus est, en application du par. 57.01(1) des *Règles de procédure civile*, l'adjudication des dépens dans une instance relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Par conséquent, à défaut de motif clair et impérieux, notre Cour ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de juridiction inférieure. Voir par exemple l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315. En l'espèce, rien ne nous permet de modifier la décision de la Cour d'appel d'adjuger les dépens conformément à la règle usuelle voulant que la partie qui obtient gain de cause y a droit.

## V. Dispositif

En définitive, l'appel interjeté contre la décision de la Cour d'appel de radier les actions fondées sur la faute dans l'exercice d'une charge publique est accueilli. Le jugement de la Cour d'appel est annulé et une ordonnance sera rendue portant radiation de l'expression « ou devaient savoir » de la déclaration modifiée. Le pourvoi incident visant la décision de la Cour d'appel de permettre l'instruction de l'action pour négligence intentée contre le chef relativement à l'enquête de l'UES est rejeté, tout comme l'appel de la décision de la Cour d'appel de radier les actions pour négligence dirigées contre la commission et la province relativement à l'enquête de l'UES. Quoiqu'il y ait eu gain de cause partagé, les demandeurs ont connu un succès important en ce qui concerne les actions contre les agents défendeurs et le chef. Je suis donc d'avis d'adjuger les dépens en faveur des demandeurs devant notre Cour.

*Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté avec dépens.*



*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Falconer Charney Macklin, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Woodhouse and Gerrits: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal the Metropolitan Toronto Chief of Police David Boothby and the respondent the Metropolitan Toronto Police Services Board: City of Toronto, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Urban Alliance on Race Relations: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the African Canadian Legal Clinic: African Canadian Legal Clinic, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Mental Health Legal Committee: Suzan E. Fraser, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongfully Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Innocence Project of Osgoode Hall Law School: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureurs des appelants/intimés dans le pourvoi incident : Falconer Charney Macklin, Toronto.*

*Procureurs des intimés Woodhouse et Gerrits : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé/appellant dans le pourvoi incident David Boothby, chef de police de la communauté urbaine de Toronto, et l'intimée la Commission de services policiers de la communauté urbaine de Toronto : Ville de Toronto, Toronto.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante African Canadian Legal Clinic : African Canadian Legal Clinic, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant Mental Health Legal Committee : Suzan E. Fraser, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongfully Convicted : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Innocence Project of Osgoode Hall Law School : Ruby & Edwardh, Toronto.*

**Billy Taillefer** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Hugues Duguay** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. TAILLEFER; R. v. DUGUAY**

**Neutral citation: 2003 SCC 70.**

File Nos.: 28899, 28903.

2003: January 22; 2003: December 12.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Full answer and defence — Duty to disclose evidence — Crown failing to disclose all relevant evidence to defence at trial of accused — Whether right of accused to make full answer and defence infringed — If so, nature of appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).*

*Criminal law — Evidence — Duty to disclose evidence — Crown failing to disclose all relevant evidence to defence at trial of accused — Whether right of accused to make full answer and defence infringed.*

*Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Court of Appeal — Crown failing to disclose all relevant evidence to defence at trial of accused — Approach to be taken by appellate court in assessing fresh evidence where Crown has not complied with its duty to disclose.*

*Criminal law — Guilty plea — Withdrawal — Test applicable to accused seeking leave to withdraw guilty*

**Billy Taillefer** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

**Hugues Duguay** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. TAILLEFER; R. c. DUGUAY**

**Référence neutre : 2003 CSC 70.**

N<sup>os</sup> du greffe : 28899, 28903.

2003 : 22 janvier; 2003 : 12 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Défense pleine et entière — Obligation de divulguer la preuve — Omission du ministère public de divulguer toute la preuve pertinente à la défense lors du procès des accusés — Le droit des accusés à une défense pleine et entière a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).*

*Droit criminel — Preuve — Obligation de divulguer la preuve — Omission du ministère public de divulguer toute la preuve pertinente à la défense lors du procès des accusés — Le droit des accusés à une défense pleine et entière a-t-il été violé?*

*Droit criminel — Preuve — Nouvelle preuve — Cour d'appel — Omission du ministère public de divulguer toute la preuve pertinente à la défense lors du procès des accusés — Démarche à suivre en appel pour apprécier une nouvelle preuve introduite à la suite d'une violation par le ministère public de son obligation de divulgation.*

*Droit criminel — Plaidoyer de culpabilité — Retrait — Critère applicable lorsqu'un accusé demande*

*plea on basis of discovery of new evidence not disclosed by Crown.*

In 1991, T and D were convicted of the first degree murder of a teenage girl. The Court of Appeal upheld the verdict in T's case, quashed D's guilty verdict and ordered a new trial on a charge of second degree murder. However, D negotiated a guilty plea to a reduced charge of manslaughter and was sentenced to 12 years in a penitentiary. During its investigation into the activities of the Sûreté du Québec, the Poitras Commission discovered that the police and the Crown had failed to disclose to the accused the existence of a considerable amount of evidence relevant to the defence at the 1991 trial. The accused then appealed their convictions to the Court of Appeal. After an item-by-item review of the fresh evidence, the court, in two separate judgments, held that there was no sufficient ground to warrant quashing the guilty verdicts and ordering new trials.

*Held:* The appeals should be allowed. The conviction of T for first degree murder is quashed and a new trial ordered on a charge of first degree murder. Leave is granted to D to withdraw his guilty plea, his conviction for manslaughter is quashed and a stay of proceedings is directed.

The Crown must disclose all relevant information to an accused, whether inculpatory or exculpatory, subject to the exercise of the Crown's discretion to refuse to disclose information that is privileged or plainly irrelevant. This constitutional right is protected by s. 7 of the *Charter*, and helps to guarantee the accused's ability to exercise the right to make full answer and defence. The Crown's duty to disclose is triggered whenever there is a reasonable possibility of the information being useful to the accused in making full answer and defence. The relevant information must be disclosed whether or not the Crown intends to introduce it as evidence at trial, before election or plea. Moreover, all statements obtained from persons who have provided relevant information to the authorities should be produced notwithstanding that these persons are not proposed as Crown witnesses. Having regard to the substantial amount of evidence that was not disclosed, and to the extremely relevant nature of that evidence, of which the prosecution could not have been unaware, it must be acknowledged that the accused were the victims of a serious infringement of their right to disclosure of evidence. While the jury's verdict was rendered before the decision in *Stinchcombe*, the Crown cannot rely on uncertainties in the law relating to the

*le retrait de son plaidoyer de culpabilité au motif de la découverte de nouveaux éléments de preuve non divulgués par la poursuite.*

En 1991, T et D sont trouvés coupables de meurtre au premier degré d'une adolescente. La cour d'appel confirme le verdict en ce qui concerne T, annule la déclaration de culpabilité de D et ordonne un nouveau procès sur une accusation de meurtre au deuxième degré. D négocie toutefois un plaidoyer de culpabilité sur une infraction réduite d'homicide involontaire coupable et est condamné à 12 ans de pénitencier. Au cours de son enquête sur les activités de la Sûreté du Québec, la Commission Poitras découvre que la police et le ministère public ont omis de divulguer aux accusés l'existence de nombreux éléments de preuve pertinents à la défense à l'occasion de leur procès en 1991. Les accusés en appellent alors de leurs condamnations devant la Cour d'appel. Après avoir analysé un à un les éléments de la nouvelle preuve, la cour, dans deux arrêts distincts, conclut qu'aucun motif suffisant ne justifiait l'annulation des verdicts de culpabilité et la tenue de nouveaux procès.

*Arrêt :* Les pourvois sont accueillis. Le verdict de culpabilité de T pour meurtre au premier degré est annulé et la tenue d'un nouveau procès sous une accusation de meurtre au premier degré est ordonnée. Le retrait du plaidoyer de culpabilité de D est autorisé, le verdict de culpabilité pour homicide involontaire coupable est annulé et un arrêt des procédures est prononcé.

Le ministère public doit divulguer à l'accusé tous les renseignements pertinents, qu'ils soient inculpatatoires ou disculpatoires, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public de refuser de divulguer des renseignements privilégiés ou encore manifestement non pertinents. Protégé par l'art. 7 de la *Charte*, ce droit à caractère constitutionnel contribue à assurer l'exercice du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. L'obligation de divulguer du ministère public est déclenchée chaque fois qu'il y a une possibilité raisonnable que le renseignement soit utile à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière. Les renseignements pertinents doivent être divulgués que le ministère public ait ou non l'intention de les produire en preuve, et ce, avant que l'accusé n'ait été appelé à choisir son mode de procès ou à présenter son plaidoyer. En outre, toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge. Compte tenu du nombre substantiel d'éléments de preuve non divulgués ainsi que de leur caractère hautement pertinent, que la poursuite ne pouvait ignorer, on doit reconnaître que les accusés ont été victimes d'une violation grave de leur droit à la

disclosure of evidence to justify the failure to disclose for which it is the focus of criticism in this case. A review of the case law confirms that the duty already existed prior to *Stinchcombe* as a component of the accused's right to a fair trial and to make full answer and defence. In addition, the duty arises naturally from the Crown attorney's role as an officer of the court in our criminal justice system.

Infringement of the right to disclosure is not always an infringement of the right to make full answer and defence. To determine whether there is an infringement of the latter right, the accused will have to show that there was a reasonable possibility that the failure to disclose affected the outcome at trial or the overall fairness of the trial. The principles that apply to the admission of fresh evidence discovered after the breach of the duty to disclose were clearly established by this Court in *Dixon*. The method of analysis prescribed by *Dixon* consists of two distinct stages. The first stage involves assessing the impact of the fresh evidence on the outcome of the trial. The undisclosed information must be examined to determine the impact it might have had on the decision to convict. The onus is on the accused to demonstrate that there is a reasonable possibility that the verdict might have been different but for the Crown's failure to disclose all of the relevant evidence. Second, the appellate court must determine whether there was a reasonable possibility that the jury, with the benefit of all of the relevant evidence, might have had a reasonable doubt as to the accused's guilt. The existence of a reasonable possibility of a different verdict must be determined in the light of the evidence taken as a whole. The appellate court should not examine the undisclosed evidence, item by item, to assess its probative value; that is the role assigned to the trier of fact. Rather, an effort must be made to reconstruct the overall picture of the evidence that would have been presented to the jury. A negative answer at the first stage does not bring the analysis to a close. The second stage requires that the appellate court assess the impact of the fresh evidence on the overall fairness of the trial. It will not be enough to determine whether the right to make full answer and defence has been infringed having regard solely to the nature of the fresh evidence. The potential usefulness of that evidence to the defence will have to be considered. This reasonable possibility of affecting the overall fairness of the trial must be based on reasonably possible uses of the non-disclosed evidence or reasonably possible avenues of investigation that were closed to the accused as a result of the non-disclosure. Here again, the appellate court must not assess the possible uses of the

divulgarion de la preuve. Bien que le verdict du jury ait été rendu avant l'arrêt *Stinchcombe*, le ministère public ne peut s'appuyer sur les incertitudes du droit relatif à la divulgation de la preuve afin de justifier l'omission de divulguer qui lui est reprochée en l'espèce. L'examen de la jurisprudence confirme que cette obligation existait déjà avant l'arrêt *Stinchcombe* en tant que composante du droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière. De plus, l'obligation découle naturellement du rôle d'officier de justice que joue le substitut du procureur général dans notre système de justice criminelle.

La violation du droit à la divulgation ne constitue pas toujours une atteinte au droit à une défense pleine et entière. Afin d'établir l'existence d'une telle atteinte, l'accusé doit démontrer qu'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation ait influé sur l'issue ou sur l'équité globale du procès. Les principes applicables à l'admission d'une nouvelle preuve découverte à la suite de la violation de l'obligation de divulgation ont clairement été établis par notre Cour dans l'arrêt *Dixon*. La méthode d'analyse prescrite par l'arrêt *Dixon* comporte deux étapes distinctes. La première consiste à évaluer l'impact de la nouvelle preuve sur le résultat du procès. Pour ce faire, il faut examiner les renseignements non divulgués pour déterminer l'incidence qu'ils auraient pu avoir sur la décision de rendre un verdict de culpabilité. Il incombe à l'accusé de démontrer qu'il existe une possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent n'eût été l'omission du ministère public de divulguer l'ensemble de la preuve pertinente. Ensuite, la cour d'appel doit déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le jury, bénéficiant de l'ensemble de la preuve pertinente, aurait eu un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. L'existence d'une possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent doit être déterminée à la lumière de la preuve prise dans son ensemble. La cour d'appel ne doit donc pas évaluer un à un les éléments de preuve non divulgués afin d'évaluer leur valeur probante, ce qui est le rôle propre au juge des faits. Elle doit plutôt tenter de reconstruire le tableau global de la preuve qui aurait été présentée au jury. Une réponse négative à la première étape ne met pas fin à l'analyse. La seconde étape exige que la cour d'appel évalue l'impact de la nouvelle preuve sur l'équité globale du procès. Il ne suffit pas d'apprécier la violation du droit à une défense pleine et entière uniquement en rapport avec la nature des nouveaux éléments de preuve. Il faut considérer l'utilité potentielle de ceux-ci pour la défense. Cette possibilité raisonnable d'influence sur l'équité globale du procès doit se fonder sur les utilisations raisonnablement possibles de la preuve non divulguée ou sur les moyens d'enquête raisonnablement possibles dont l'accusé a été privé à la suite de la non-divulgation. Encore une fois, la

fresh evidence based on an item-by-item analysis of the probative value of the evidence. It must ascertain whether the failure to disclose deprived the accused of certain evidential or investigative resources. The infringement of the right to make full answer and defence may arise from a reasonable possibility that the failure to disclose had an impact on the overall fairness of the trial, even if it cannot be concluded that the verdict might have been different.

An accused seeking leave to withdraw his or her guilty plea on the ground of the discovery of fresh evidence that was not disclosed by the prosecution must demonstrate that there is a reasonable possibility that the fresh evidence would have influenced his or her decision to plead guilty, if it had been available before the guilty plea was entered. The test is still objective in nature. The question is whether a reasonable and properly informed person, put in the same situation, would have run the risk of standing trial if he or she had had timely knowledge of the undisclosed evidence, when it is assessed together with all of the evidence already known.

In this case, the Court of Appeal made a fundamental methodological error when it undertook to analyse the fresh evidence by breaking it down or addressing its individual parts, rather than analysing the fresh evidence as a whole in order to assess its impact on the trial. Applying the *Dixon* test calls for an appellate court to assess the substance of the fresh evidence. In the event that the jury had not been deprived of the evidence, the overall picture of the trial would have been very different. First, the credibility of certain prosecution witnesses could have been undermined using the witness statements whose existence was not disclosed to the defence. Second, the jury would have been offered a theory different from the Crown's concerning the events that took place during the night of the murder. Moreover, by examining each part of the fresh evidence on its own and comparing those parts to the evidence produced at trial, the Court of Appeal applied a more exacting standard than "reasonable possibility".

The Court of Appeal also erred in its assessment of the effect of the failure to disclose on the overall fairness of T's trial and the overall fairness of the process that led to D's decision to enter a guilty plea. In T's case, the Court of Appeal restricted its analysis to the impact of the fresh evidence on the result of the trial and failed to assess its impact on the overall fairness of the trial. Had the court inquired into the possible and realistic uses of the evidence by the defence, its conclusions would have been quite different. T has succeeded in showing that it is reasonably possible that the new evidence would have had an impact on the overall fairness of the trial. Many

cour d'appel ne doit pas évaluer les utilisations possibles des nouveaux éléments de preuve, sur la base d'une analyse particularisée de la force probante de chacun d'eux. Elle doit vérifier si la non-divulgence a privé l'accusé de certains moyens de preuve ou d'enquête. La violation du droit à une défense pleine et entière peut découler d'une possibilité raisonnable que la non-divulgence ait eu un impact sur l'équité globale du procès et ce, même si l'on ne peut conclure que le verdict aurait pu être différent.

Un accusé qui demande le retrait de son plaidoyer de culpabilité au motif de la découverte de nouveaux éléments de preuve non divulgués par la poursuite doit démontrer qu'il existe une possibilité raisonnable que la nouvelle preuve aurait, si elle avait été disponible avant le plaidoyer de culpabilité, influencé sa décision de plaider coupable. Ce test conserve un caractère objectif. Il faut donc se demander si une personne raisonnable et correctement informée, placée dans la même situation, aurait couru le risque de subir un procès si elle avait eu connaissance en temps opportun de la preuve non divulguée, évaluée avec l'ensemble de la preuve déjà connue.

En l'espèce, la Cour d'appel a commis une erreur méthodologique fondamentale lorsqu'elle a procédé à une analyse éclatée ou particularisée plutôt que globale de la nouvelle preuve afin d'évaluer son impact sur le procès. La mise en œuvre du test de l'arrêt *Dixon* exige une évaluation par la cour d'appel de la substance de la nouvelle preuve. Dans l'éventualité où le jury n'avait pas été privé de la preuve, le tableau général du procès aurait été fort différent. D'une part, la crédibilité de certains témoins de la poursuite aurait pu être ébranlée par les déclarations de témoins dont l'existence n'a pas été divulguée à la défense. D'autre part, le jury aurait été confronté à une thèse différente de celle du ministère public quant aux événements qui se sont déroulés durant la nuit du meurtre. En outre, en procédant à un examen particularisé de chacun des éléments de la nouvelle preuve et en les confrontant à la preuve produite lors du procès, la Cour d'appel a appliqué un critère plus exigeant que celui des « possibilités raisonnables ».

La Cour d'appel a également commis des erreurs dans son évaluation de l'effet de la non-divulgence sur l'équité globale du procès de T et sur celle du processus qui a mené à la décision de D de produire un plaidoyer de culpabilité. Dans le cas de T, la Cour d'appel a restreint son analyse à l'impact de la nouvelle preuve sur le résultat du procès et a omis d'évaluer son impact sur l'équité globale du procès. Si la cour s'était interrogée sur les usages possibles et réalistes des éléments de preuve par la défense, ses conclusions auraient été fort différentes. T a réussi à démontrer qu'il est raisonnablement possible que la nouvelle preuve aurait eu un impact sur l'équité globale

parts of the fresh evidence could have been used by the defence at trial, whether to impeach the credibility of certain witnesses and the credibility of the Crown's theory or to gather new evidence. In D's case, the Court of Appeal erred when it applied a subjective test in determining whether there was a reasonable possibility that D would have decided not to stand trial again if he had known about the undisclosed evidence. The test is what the reasonable person in the same situation would have done. The court did not give any attention to the reasonable possibilities of using the fresh evidence that were available to the defence and to the effect of such possibilities on a reasonable decision to take the risk of a second trial. In the circumstances of this case, having regard to the volume, weight and relevance of the undisclosed evidence and the new possibilities that the opportunity to use that evidence would have offered, it does not seem unreasonable to think that an accused, armed with a more solid defence than at his first trial, at which the jury deliberations had lasted 14 days, would have hesitated to admit his guilt or would have had more confidence about standing trial a second time. The Crown's breach of its duty to disclose all of the relevant evidence cast doubt on the validity of the accused's admission of guilt and the waiver of the presumption of innocence that a guilty plea involves. The constitutional right of the accused to make full answer and defence has been seriously infringed.

The appropriate and just remedy for an infringement of the right to make full answer and defence arising out of the Crown's breach of its duty to disclose must be determined on the basis of the seriousness of the infringement. Where the breach of that duty results in an infringement of the accused's right to make full answer and defence, ordering a new trial will be the minimum remedy. A stay of proceedings is ordered only in exceptional circumstances, where the accused has demonstrated that the infringement of the right is irreparable. In T's case, the appropriate and just remedy in the circumstances is committal for a new trial on the charge of a first degree murder. It would be premature to order a stay of proceedings, in the case of such a serious crime, where the charge is still first degree murder. The transcripts of all of the testimony given at the preliminary inquiry and the first trial are still available. As well, at this stage in the case, we can only speculate as to the prejudice that the accused would suffer by reason of the impeachment of the witnesses' credibility and the loss of opportunities for investigation. While the infringement of the accused's rights might be characterized as very serious, it certainly appears to result from an incorrect understanding of the nature and scope of the duty of disclosure. In the event that the trial judge determines that the accused cannot be given a fair trial,

du procès. De nombreux éléments de la nouvelle preuve auraient pu être utilisés par la défense lors du procès, soit pour mettre en doute la crédibilité de certains témoins ainsi que celle de la thèse du ministère public, soit afin de recueillir de nouveaux éléments de preuve. Dans le cas de D, la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant un critère subjectif dans la détermination de l'existence d'une possibilité raisonnable que D aurait décidé de ne pas subir un nouveau procès s'il avait connu la preuve non divulguée. Le critère est celui de la personne raisonnable placée dans la même situation. La cour n'a porté aucune attention aux possibilités raisonnables d'utilisation de la nouvelle preuve qui s'offraient à la défense et à l'effet de ces possibilités sur une décision raisonnable de prendre le risque d'un second procès. Dans les circonstances de ce dossier, vu le nombre, l'importance et la pertinence des éléments de preuve non divulgués et les possibilités nouvelles qu'aurait offert leur utilisation éventuelle, il n'est pas déraisonnable de penser qu'un prévenu, muni d'une défense plus solide que lors de son premier procès où les délibérations du jury avaient duré 14 jours, aurait hésité à reconnaître sa culpabilité ou aurait envisagé avec plus de confiance la tenue d'un second procès. La violation par le ministère public de son obligation de divulguer l'ensemble de la preuve pertinente a remis en cause la validité de la reconnaissance de sa culpabilité par l'accusé et la renonciation à la présomption d'innocence que son plaidoyer comportait. Le droit constitutionnel des accusés à une défense pleine et entière a été gravement violé.

La réparation convenable et juste pour une violation au droit à une défense pleine et entière découlant de la violation par le ministère public de son obligation de divulgation doit être déterminé en fonction de la gravité de l'atteinte. Lorsque la violation de cette obligation entraîne celle du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, une ordonnance de nouveau procès constitue la réparation minimale. L'arrêt des procédures n'est ordonné que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'accusé démontre que l'atteinte au droit est irréparable. Dans le cas de T, un renvoi à procès sous l'accusation de meurtre au premier degré constitue la réparation convenable et juste dans les circonstances. Il serait prématuré d'ordonner un arrêt des procédures, dans le cas d'un crime aussi grave, où l'accusation demeure celle de meurtre au premier degré. Les transcriptions de l'ensemble des témoignages rendus lors de l'enquête préliminaire et du premier procès sont toujours disponibles. Ensuite, à ce stade de l'instance, on ne peut que spéculer sur le préjudice que subirait l'accusé du fait de l'affaiblissement de la crédibilité des témoins ainsi que de la perte de possibilités d'enquête. Bien que la violation des droits de l'accusé puisse être qualifiée de très grave, elle paraît résulter en définitive d'une compréhension inexacte de la nature et la portée de l'obligation de divulgation. Dans

that judge could exercise his or her discretion at any time and order a stay of proceedings. On the particular facts of D's case, a stay of the proceedings is the appropriate remedy. Ordering a new trial when the accused has already served two thirds of his sentence and is eligible for parole would contribute to perpetuating an injustice and would tarnish the integrity of our judicial system. The accused has already effectively spent the time in prison that is normally imposed in the case of any term to which he might be sentenced if he were convicted. This is plainly one of those cases where the need to avoid offending fair play and decency prevails over society's interest in the prosecution of criminal cases. There is no other remedy that would cure the prejudice suffered by D.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, aff'g *R. v. McQuaid (Dixon Appeal)*, [1997] N.S.J. No. 20 (QL); **approved:** *R. v. Creamer* (1995), 97 C.C.C. (3d) 108; *R. v. Jarema* (1996), 43 Alta. L.R. (3d) 345; *R. v. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64; *Comtois-Barbeau v. La Reine*, [1996] R.J.Q. 1127; *R. v. W. (W.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 225; *R. v. T. (R.)* (1992), 10 O.R. (3d) 514; **disapproved:** *R. v. Pottie* (1996), 150 N.S.R. (2d) 56; **distinguished:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306; *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Taillefer v. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023; *R. v. Savion* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276; *Re Cunliffe and Law Society of British Columbia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 280; *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395; *R. v. Bourget* (1987), 35 C.C.C. (3d) 371; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126; *R. v. Hamilton* (1994), 94 C.C.C. (3d) 12; *R. v. Santocono* (1996), 91 O.A.C. 26; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*

l'éventualité où le juge du procès constaterait que l'accusé ne peut bénéficier d'un procès équitable, il pourrait à tout moment exercer son pouvoir discrétionnaire et ordonner un arrêt des procédures. Dans les circonstances propres au dossier de D, l'arrêt des procédures s'impose comme réparation appropriée. Le fait d'ordonner un nouveau procès alors que l'accusé a déjà purgé les deux tiers de sa peine et est admissible à une libération conditionnelle contribuerait à perpétuer une injustice et porterait atteinte à l'intégrité de notre système judiciaire. L'accusé a déjà effectivement passé en prison le temps normalement prévu dans le cas de toute peine à laquelle il pourrait être condamné si sa culpabilité était reconnue. Il s'agit manifestement d'un cas où le souci d'éviter l'atteinte au franc-jeu et à la décence l'emporte sur l'intérêt de la société d'assurer que les infractions soient poursuivies. Aucune autre réparation ne permettrait de remédier au préjudice subi par D.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, conf. *R. c. McQuaid (Dixon Appeal)*, [1997] N.S.J. No. 20 (QL); **arrêts approuvés :** *R. c. Creamer* (1995), 97 C.C.C. (3d) 108; *R. c. Jarema* (1996), 43 Alta. L.R. (3d) 345; *R. c. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64; *Comtois-Barbeau c. La Reine*, [1996] R.J.Q. 1127; *R. c. W. (W.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 225; *R. c. T. (R.)* (1992), 10 O.R. (3d) 514; **arrêt critiqué :** *R. c. Pottie* (1996), 150 N.S.R. (2d) 56; **distinction d'avec l'arrêt :** *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; **arrêts mentionnés :** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306; *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Taillefer c. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023; *R. c. Savion* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276; *Re Cunliffe and Law Society of British Columbia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 280; *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395; *R. c. Bourget* (1987), 35 C.C.C. (3d) 371; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126; *R. c. Hamilton* (1994), 94 C.C.C. (3d) 12; *R. c. Santocono* (1996), 91 O.A.C. 26; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*,

(*Minister of Education*), [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260, rev'd [1997] 2 S.C.R. 334; *R. v. Datey*, [1999] Q.J. No. 1567 (QL); *R. v. Hunter* (2001), 155 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Mitchelson* (1992), 78 Man. R. (2d) 134; *R. v. P. (G.)* (1998), 128 C.C.C. (3d) 159; *R. v. L. (R.D.)* (1997), 60 Alta. L.R. (3d) 364; *R. v. Sophonow*, [1985] M.J. No. 9 (QL); *R. v. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 24(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 231(5), 690 [now rep. 2002, c. 13, s. 70].

#### Authors Cited

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations*, vol. 1. Halifax: The Commission, 1989.

Quebec. Commission Poitras. *Rapport de la Commission d'enquête chargée de faire enquête sur la Sûreté du Québec*. Québec: La Commission, 1999.

APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal, [2001] Q.J. No. 3975 (QL) and [2001] Q.J. No. 4037 (QL), affirming decisions of the Superior Court. Appeals allowed.

*Johanne St-Gelais*, for the appellant Billy Taillefer.

*Louis Belleau*, for the appellant Hugues Duguay.

*Pierre Lapointe*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

#### I. Introduction

The issue in the appeal by the appellants Taillefer and Duguay from their convictions for first degree murder and manslaughter, respectively, is the nature of the Crown's duty to disclose evidence in a criminal trial and the consequences of breach of that duty. Common law jurisprudence acknowledged the existence of that duty. The application of the

[1987] 1 R.C.S. 588; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260, inf. par [1997] 2 R.C.S. 334; *R. c. Datey*, [1999] J.Q. n° 1567 (QL); *R. c. Hunter* (2001), 155 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Mitchelson* (1992), 78 Man. R. (2d) 134; *R. c. P. (G.)* (1998), 128 C.C.C. (3d) 159; *R. c. L. (R.D.)* (1997), 60 Alta. L.R. (3d) 364; *R. c. Sophonow*, [1985] M.J. No. 9 (QL); *R. c. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231(5), 690 [maintenant abr. 2002, ch. 13, art. 70].

#### Doctrine citée

Nouvelle-Écosse. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations*, vol. 1. Halifax: The Commission, 1989.

Québec. Commission Poitras. *Rapport de la Commission d'enquête chargée de faire enquête sur la Sûreté du Québec*. Québec: La Commission, 1999.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [2001] J.Q. n° 3975 (QL) et [2001] J.Q. n° 4037 (QL), qui ont confirmé des jugements de la Cour supérieure. Pourvois accueillis.

*Johanne St-Gelais*, pour l'appellant Billy Taillefer.

*Louis Belleau*, pour l'appellant Hugues Duguay.

*Pierre Lapointe*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

#### I. Introduction

Le pourvoi interjeté par les appellants Taillefer et Duguay à la suite de leurs condamnations, respectivement pour meurtre au premier degré et homicide involontaire coupable, remet en cause la mise en œuvre de l'obligation de divulgation de la preuve qui incombe au ministère public dans un procès pénal et les conséquences de sa violation. Dégagée par une



constitutional principles set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* developed it. Our Court's decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, enshrined it among the fundamental rules of Canadian criminal procedure. It facilitates the trial process, but, most importantly, it affords additional protection for the right of accused persons to make full answer and defence. The way in which the disclosure of evidence was viewed in the past — as an act of goodwill and cooperation on the part of the Crown — played a significant part in catastrophic judicial errors. On this point, we need only recall that the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution identified the failure to disclose all the relevant evidence as one of the causes of the judicial error that deprived Donald Marshall of his liberty for 11 years, for a crime he had not committed (*Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations* (1989), vol. 1, at pp. 238 et seq.).

2

The issue in this Court arises out of the killing of Sandra Gaudet, a 14-year-old girl, in Val-d'Or during the night of March 9 to 10, 1990, and the legal consequences of that killing. After many twists and turns, the Quebec Court of Appeal upheld the first degree murder conviction of the appellant Taillefer and denied the appellant Duguay leave to withdraw his plea of guilty to a reduced charge of manslaughter. The judgments under appeal were rendered after the Commission d'enquête chargée de faire enquête sur la Sûreté du Québec ("Poitras Commission") expressed its concerns about the conduct of the criminal investigation and the charge in this case. During its own investigation into the activities of the Sûreté du Québec, the Poitras Commission discovered that the police and the Crown had failed to disclose the existence of a considerable amount of evidence relevant to the charge or to the defence to the appellants during their first trial at the criminal assizes in 1991.

3

In the circumstances of this case, and particularly because of the seriousness of the infringements of

jurisprudence née de la common law, explicitée à l'aide des principes constitutionnels de la *Charte canadienne des droits et libertés*, consacrée par l'arrêt prononcé par notre Cour dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, cette obligation a pris rang parmi les règles essentielles de la procédure pénale canadienne. Elle facilite le déroulement du procès, mais, d'abord, contribue à assurer la protection du droit des prévenus à une défense pleine et entière. D'ailleurs, dans le passé, une conception de la divulgation de la preuve comme un acte de bonne volonté et de coopération du ministère public a contribué à des erreurs judiciaires désastreuses. À ce propos, il suffit de rappeler que la Commission royale sur la poursuite de Donald Marshall Jr. a identifié l'omission de divulguer toute la preuve pertinente comme l'une des causes de l'erreur judiciaire qui a privé Donald Marshall de sa liberté durant 11 ans pour un crime qu'il n'avait pas commis (*Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution : Findings and Recommendations* (1989), vol. 1, p. 238 et suiv.).

Le débat devant cette Cour résulte de l'assassinat de Sandra Gaudet, une adolescente de 14 ans, survenu à Val-d'Or durant la nuit du 9 au 10 mars 1990 et de ses conséquences judiciaires. Après de nombreux rebondissements et incidents, la Cour d'appel du Québec a confirmé la condamnation de l'appellant Taillefer pour meurtre au premier degré et a refusé à l'appellant Duguay l'autorisation de retirer son plaidoyer de culpabilité à une accusation réduite d'homicide involontaire coupable. Les jugements dont appel ont été rendus après que la Commission d'enquête chargée de faire enquête sur la Sûreté du Québec (« Commission Poitras ») eut manifesté ses inquiétudes à propos de la conduite de l'enquête criminelle et de l'accusation dans cette affaire. En effet, au cours de son enquête sur les activités de la Sûreté du Québec, la Commission Poitras a découvert que la police et le ministère public avaient omis de divulguer aux appelants l'existence de nombreux éléments de preuve pertinents à l'accusation ou à la défense, à l'occasion de leur premier procès aux assises criminelles en 1991.

Dans les circonstances de cette affaire, particulièrement en raison de la gravité des violations des

the appellants' fundamental rights by the police and the Crown, I find that the decisions of the Court of Appeal must be set aside. In the appellant Taillefer's case, a new trial on the charge of first degree murder must be ordered. In the appellant Duguay's case, having regard to the particular context of his case, and specifically to the fact that he has already served at least eight years of any term of imprisonment that might be imposed, I would instead, after allowing his appeal, order a stay of proceedings.

Because of the length and complexity of these cases, it will be necessary, for a proper understanding of the issues raised and of their precise legal content, to review the origin of and developments in these matters starting with the death of Sandra Gaudet. The series of judgments rendered by the Quebec Court of Appeal at various points in these matters will also have to be carefully examined.

## II. Origin and Judicial History of the Cases

### A. *The Murder, the Police Investigation and the Charges*

Sandra Gaudet, a 14-year-old girl, was killed in Val-d'Or during the night of March 9 to 10, 1990. The evidence was that she left her family home at about 8:00 p.m., during the evening of March 9, and never returned. On Saturday, March 10, 1990, Sandra Gaudet's mother reported her daughter's disappearance to the Val-d'Or police. On Monday, March 12, 1990, the victim's body was found near chemin Baie-Carières in Val-d'Or, buried in the snow. The victim was dressed only in her socks and a torn and undone brassiere. Dr. Claude Pothel, the pathologist, concluded that death was caused by asphyxiation resulting from manual strangulation. He observed the presence of marks that he associated with bites on the victim's breasts and vulva.

The police investigation led to the arrest of the appellants Billy Taillefer and Hugues Duguay on April 27, 1990. On October 29, 1990, they were charged with the first degree murder of Sandra Gaudet.

droits fondamentaux des appelants par la police et le ministère public, je conclus que les arrêts prononcés par la Cour d'appel doivent être infirmés. Dans le cas de l'appelant Taillefer, un nouveau procès sur l'accusation de meurtre au premier degré doit être ordonné. Dans le cas de l'appelant Duguay, compte tenu du contexte propre à son dossier, plus particulièrement du fait qu'il a déjà purgé au moins huit ans de toute peine éventuelle d'emprisonnement, j'ordonnerais plutôt un arrêt des procédures après avoir accueilli son pourvoi.

En raison de la durée et de la complexité de ces affaires, pour bien saisir les questions soulevées et comprendre exactement leur portée juridique, il faudra revoir l'origine et le déroulement de ces dossiers à partir de la mort de Sandra Gaudet. Les jugements successifs rendus par la Cour d'appel du Québec à différentes étapes de ces dossiers exigeront aussi une étude attentive.

## II. Origine et historique judiciaire des présentes affaires

### A. *Le meurtre, l'enquête policière et les mises en accusation*

Sandra Gaudet, une adolescente de 14 ans, a été assassinée à Val-d'Or durant la nuit du 9 au 10 mars 1990. Selon la preuve, elle a quitté le domicile familial vers 20 h, durant la soirée du 9 mars, pour ne jamais y revenir. Le samedi 10 mars 1990, la mère de Sandra Gaudet a signalé la disparition de sa fille à la police de Val-d'Or. Le lundi 12 mars 1990, le corps de la victime a été retrouvé près du chemin Baie-Carières à Val-d'Or, enseveli sous la neige. La victime n'était alors vêtue que de ses bas et d'un soutien-gorge déchiré et détaché. Le D<sup>r</sup> Claude Pothel, pathologiste, a conclu que le décès était attribuable à une asphyxie par strangulation manuelle. Il a constaté la présence de marques, qu'il associe à des morsures, sur les seins et la vulve de la victime.

L'enquête policière a mené à l'arrestation des appelants Billy Taillefer et Hugues Duguay le 27 avril 1990. Ils ont été accusés du meurtre au premier degré de Sandra Gaudet le 29 octobre 1990.

4

5

6

B. *The First Trial at the Assizes and the Guilty Verdicts*

7

The appellants were tried on the charge of the first degree murder of Sandra Gaudet. At the end of the trial, the assizes jury found them guilty of the crime with which they were charged. At this point, it is important to summarize the evidence presented by the prosecution and the defence at trial, in order to assess the impact of the Crown's breach of its duty of disclosure.

(1) The Prosecution Evidence

8

Steve Fortier, the victim's friend, testified that he was with Sandra Gaudet on the evening of Friday, March 9, 1990. He said that she went to meet him at his aunt's home, where he was babysitting, at about 8:30 p.m. They left together at about 9:00 and went to his family home. They then spent the evening talking with his mother and watching television. He added that Sandra had left his home at 11:45, alone, to go home. He testified that Sandra normally made that trip by taking a route that included chemin Baie-Carières. This meant that she had to walk close to the home of Laurent Taillefer, the father of the appellant Billy Taillefer.

9

Christine Côté, a server at the Bar Morocco in Val-d'Or, testified that she had served the appellant Duguay two beers on the evening of March 9, 1990. She said that the appellant Duguay had been there with another individual whom she could not identify. Pierre Bolduc, the taxi driver, testified that he had gone to the Bar Morocco on the evening of March 9, 1990, between 11:30 p.m. and midnight. He said that he had picked up two passengers there, one of whom got into the front seat while the other got into the back seat. He subsequently identified the individual who rode in the front of the vehicle with him as Billy Taillefer. At his passengers' request, he ended the trip behind the Petit Marché convenience store, near Laurent Taillefer's home.

10

At about 1:50 a.m. on March 10, Laurent Taillefer asked a co-worker, André Caouette, whether he could take over for him earlier. Mr. Caouette then

B. *Le premier procès aux assises et les verdicts de culpabilité*

Les appelants ont subi un procès sur l'accusation de meurtre au premier degré de Sandra Gaudet. Au terme de ce procès, le jury d'assises les a déclarés coupables du crime dont ils étaient accusés. Il importe maintenant de résumer la preuve présentée par la poursuite et la défense lors du procès afin d'évaluer l'impact de la violation par le ministère public de son obligation de divulgation.

(1) La preuve de la poursuite

Steve Fortier, l'ami de la victime, a témoigné qu'il se trouvait avec Sandra Gaudet dans la soirée du vendredi 9 mars 1990. Il a affirmé que cette dernière serait venue le rejoindre chez sa tante vers 20 h 30, alors qu'il gardait. Ils auraient quitté cet endroit ensemble vers 21 h pour se rendre à son domicile familial. Ils auraient alors passé la soirée à discuter avec sa mère et à écouter la télévision. Il a ajouté que Sandra avait quitté son domicile à 23 h 45, seule, pour retourner chez elle. Selon son témoignage, pour effectuer ce trajet, Sandra empruntait habituellement un itinéraire comprenant le chemin Baie-Carières. Elle devait ainsi passer à proximité de la résidence de Laurent Taillefer, le père de l'appelant Billy Taillefer.

Christine Côté, serveuse au Bar Morocco de Val-d'Or, a témoigné avoir servi deux bières à l'appelant Duguay durant la soirée du 9 mars 1990. Elle a affirmé que l'appelant Duguay était accompagné d'un autre individu qu'elle ne pouvait identifier. Le chauffeur de taxi Pierre Bolduc a témoigné s'être rendu au Bar Morocco dans la soirée du 9 mars 1990 entre 23 h 30 et minuit. Il a déclaré y avoir pris deux passagers, dont l'un avait pris place sur le siège avant et l'autre sur le banc arrière. Il a par la suite identifié l'individu qui l'accompagnait à l'avant du véhicule comme étant Billy Taillefer. À la demande de ses passagers, il a terminé sa course à l'arrière du dépanneur Le Petit Marché, à proximité de la résidence de Laurent Taillefer.

Vers 1 h 50 du matin, le 10 mars, Laurent Taillefer a demandé à un compagnon de travail, André Caouette, s'il lui était possible de le

started his shift at 3:00 rather than 5:00 a.m. In addition, Jeanine Denommé, the co-owner of the Shell Denommé convenience store in Val-d'Or, testified that Laurent Taillefer bought gas from her at 3:10 a.m. on March 10, 1990.

Isabelle Martel, who lived in the apartment upstairs from Laurent Taillefer's apartment at the time of the murder, testified that she had heard unusual noise coming from the downstairs apartment during the night of March 9 to 10, 1990. She said that she had heard [TRANSLATION] "scuffling" and a loud male laugh at about a quarter past midnight. Later in the night, she said, she heard the voice of an angry person and the noise made by a fist hitting a table or wall. She then said that she had heard the shower in Laurent Taillefer's apartment twice, at about 6:00 or 6:30 on the morning of March 10, 1990. Shortly after that, she saw two individuals leave Laurent Taillefer's apartment, whom she later identified as the appellants Taillefer and Duguay.

Ghyslaine Pomerleau, who lived near Laurent Taillefer's apartment, testified that she had heard the [TRANSLATION] "unusually long" scream of a teen-aged girl coming from around Laurent Taillefer's home during the night of March 9 to 10, 1990. She said that she had heard the scream after seeing an unpleasant scene in a movie on television. The evidence further established that the scene in question had aired at midnight.

Donald Saint-Pierre, a truck driver, and his 14-year-old son, Carl Saint-Pierre, testified that they had seen a small red pick-up truck near chemin Baie-Carières between 5:30 and 6:00 on the morning of March 10, 1990. During the investigation, Donald Saint-Pierre identified that vehicle as the one belonging to Laurent Taillefer. Carl Saint-Pierre said, after a hypnosis session conducted by the Sûreté du Québec, that he had seen a red Tracker with a [TRANSLATION] "white vinyl roof" on chemin Baie-Carières.

The Attorney General also introduced into evidence two telephone conversations between the appellants, which were intercepted by the police

remplacer plus tôt. Ce dernier aurait ainsi commencé son quart de travail à 3 h plutôt qu'à 5 h du matin. Par ailleurs, M<sup>me</sup> Jeanine Denommé, copropriétaire du dépanneur Shell Denommé situé à Val-d'Or, a témoigné que Laurent Taillefer lui a acheté de l'essence à 3 h 10 le matin du 10 mars 1990.

M<sup>me</sup> Isabelle Martel, qui résidait dans l'appartement situé au-dessus de celui de Laurent Taillefer à l'époque du meurtre, a témoigné avoir entendu du bruit hors de l'ordinaire provenant du logement d'en bas durant la nuit du 9 au 10 mars 1990. Elle a affirmé avoir entendu du « bardassage » ainsi qu'un fort rire masculin vers minuit et quart. Plus tard dans la nuit, elle aurait entendu la voix d'une personne en colère ainsi que le bruit d'un coup de poing donné sur une table ou sur un mur. Elle a ensuite déclaré avoir entendu, deux fois, une douche vers 6 h - 6 h 30 le matin du 10 mars 1990 dans l'appartement de Laurent Taillefer. Peu après, elle aurait vu deux individus sortir de l'appartement de Laurent Taillefer, qu'elle a identifiés plus tard comme étant les appelants Taillefer et Duguay.

M<sup>me</sup> Ghyslaine Pomerleau, qui résidait à proximité du domicile de Laurent Taillefer, a témoigné avoir entendu un cri « anormalement long » d'une adolescente provenant des environs de la résidence de Laurent Taillefer durant la nuit du 9 au 10 mars 1990. Elle a affirmé avoir entendu ce cri peu après avoir vu une scène déplaisante d'un film à la télévision. La preuve a par ailleurs démontré que cette scène avait été diffusée à minuit.

M. Donald Saint-Pierre, un camionneur, ainsi que son fils de 14 ans, Carl Saint-Pierre, ont témoigné avoir aperçu une petite camionnette rouge près du chemin Baie-Carières entre 5 h 30 et 6 h, le matin du 10 mars 1990. Durant l'enquête, Donald Saint-Pierre identifiera ce véhicule comme étant celui de Laurent Taillefer. Carl Saint-Pierre, quant à lui, a affirmé avoir vu un « Tracker » rouge avec un « toit de vinyle blanc » sur le chemin Baie-Carières à la suite d'une séance d'hypnose menée par la Sûreté du Québec.

Le procureur général a également produit en preuve deux conversations téléphoniques impliquant les appelants interceptées par la police le

11

12

13

14

on April 6, 1990. In certain parts of those conversations, the appellants spoke as if they were innocent, while at other times they made incriminating comments, saying that only God and they themselves knew who had killed Sandra Gaudet.

15

After they were arrested, the appellants made incriminating statements to the investigating police officers. The statements were ruled admissible in evidence after a *voir dire* was held. In his statement, Billy Taillefer admitted committing the murder of Sandra Gaudet. According to his admissions, Hugues Duguay and he had abducted Sandra Gaudet and then dragged her into Laurent Taillefer's home, where they forcibly undressed her. He said that he had not raped the victim, although he acknowledged that he had ejaculated on her. He also said that Hugues Duguay had bitten her breasts. Because the victim was struggling and screaming, Billy Taillefer choked her by putting his hands around her neck until she lost consciousness. He then tried to revive her, but without success. According to Billy Taillefer's statement, when his father, Laurent Taillefer, came home from work, he was enraged to find the victim in his bed and ordered the appellants to [TRANSLATION] "get rid of" the body. Using Laurent Taillefer's vehicle, they transported their victim's body to the wooded area near chemin Baie-Carrières and left it there, and then returned to Laurent Taillefer's home, after throwing the victim's clothing out on the side of the road. They left Laurent Taillefer's home at about 6:00 or 7:00 a.m. Billy Taillefer finally said that he had consumed a large quantity of alcohol during the day and evening of March 9, 1990. In addition to that statement, Billy Taillefer signed a handwritten note addressed to Sandra Gaudet's parents in which he asked them to forgive him for the unintentional act he had committed.

16

Hugues Duguay stated that he had but a vague memory of the events. He had consumed a large amount of alcohol and cocaine during the day and evening of March 9, 1990. According to his statement, he had followed Billy Taillefer when he dragged Sandra Gaudet into Laurent Taillefer's home. He said that Billy Taillefer was holding the victim down when she struggled. Then she stopped

6 avril 1990. Dans certaines parties de ces conversations, les appelants parlent comme s'ils étaient innocents, alors qu'à d'autres moments, ils tiennent des propos incriminants, disant alors que seuls Dieu et eux-mêmes savent qui a tué Sandra Gaudet.

Après leur arrestation, les appelants ont fait des déclarations incriminantes aux policiers enquêteurs. Ces déclarations ont été jugées recevables en preuve après la tenue d'un *voir-dire*. Dans sa déclaration, Billy Taillefer a avoué avoir commis le meurtre de Sandra Gaudet. Selon ses admissions, Hugues Duguay et lui-même ont enlevé Sandra Gaudet et l'ont ensuite entraînée dans la résidence de Laurent Taillefer. Ils auraient alors dévêtu de force la victime. Il a affirmé ne pas avoir violé la victime, tout en reconnaissant avoir éjaculé sur elle. Il a aussi précisé que Hugues Duguay lui a mordu les seins. Comme la victime se débattait et criait, Billy Taillefer lui a serré le cou jusqu'à ce qu'elle perde connaissance. Il aurait ensuite tenté de la réanimer en vain. D'après la déclaration de Billy Taillefer, son père, Laurent Taillefer, à son retour du travail, aurait été pris de colère en découvrant la victime dans son lit et il aurait ordonné aux appelants de se « débarasser » du corps. En utilisant le véhicule de Laurent Taillefer, ils auraient transporté et déposé le corps de leur victime dans le bois, près du chemin Baie-Carrières. Ils seraient ensuite revenus chez Laurent Taillefer, après avoir jeté les vêtements de la victime aux abords du chemin. Ils auraient quitté le domicile de Laurent Taillefer vers 6 h ou 7 h du matin. Billy Taillefer a finalement déclaré avoir consommé une quantité importante d'alcool durant la journée et la soirée du 9 mars 1990. Outre cette déclaration, Billy Taillefer a signé une note manuscrite adressée aux parents de Sandra Gaudet dans laquelle il leur demande pardon pour le geste involontaire qu'il a commis.

Hugues Duguay a pour sa part déclaré se souvenir vaguement des événements. En effet, il aurait consommé une quantité importante d'alcool et de cocaïne durant la journée et la soirée du 9 mars 1990. Selon sa déclaration, il aurait suivi Billy Taillefer alors que ce dernier entraînait Sandra Gaudet à l'intérieur de la résidence de Laurent Taillefer. Selon lui, Billy Taillefer retenait la victime alors qu'elle

moving. He said that he no longer remembered very well whether or not he had helped Billy Taillefer to undress the victim, or whether he had touched her. Billy Taillefer and he used Laurent Taillefer's Tracker to dispose of the victim's body and her clothing, but he did not remember the exact place.

The appellants' dental impressions were also introduced in evidence. At the trial, Dr. Dorion, a dental surgeon, stated that, in his opinion, the bite marks found on the victim's left breast and pubic area had been made by Hugues Duguay.

## (2) The Defence Evidence

The accused first raised an alibi defence to the charges against them. They said that they were in Senneterre, 70 kilometres from Val-d'Or, during the evening of March 9. Billy Taillefer testified that he had spent part of the evening at the Jobber, a bar in Senneterre. He stated that he had left that bar between 11:30 p.m. and midnight and had gone to another establishment called the Contre-Bar, where he met a few people, including his sister, Shirley Taillefer. He left that place at about 2:00 in the morning of March 10, 1990, and went immediately home. A number of witnesses confirmed that they had seen Billy Taillefer in Senneterre during the evening of March 9, 1990. Hugues Duguay also said that he had been in Senneterre during the evening of March 9, 1990, and had visited a number of establishments during the evening, including the Contre-Bar. He then went back home, where he watched television with his brother, and went to bed at about midnight or half past. A number of witnesses also gave evidence that they had seen Hugues Duguay in Senneterre during the evening of March 9.

The appellants also disputed the voluntariness of their statements to the police. They contended that they had been threatened and beaten during questioning. They testified that the police had in fact dictated the content of their statements to them.

In rebuttal to the testimony of Dr. Dorion, the appellants introduced an expert opinion prepared by

se débattait. Elle aurait par la suite cessé de bouger. Il a affirmé ne plus se souvenir très bien s'il a ou non aidé Billy Taillefer à déshabiller la victime ou encore s'il l'a touchée. Billy Taillefer et lui auraient utilisé le « Tracker » de Laurent Taillefer afin de disposer du corps de la victime et de ses vêtements, sans qu'il se souvienne de l'endroit précis.

Finalement, les empreintes dentaires des appelants ont été produites en preuve. Au procès, le D<sup>r</sup> Dorion, chirurgien-dentiste, a exprimé l'avis que les marques de morsure trouvées sur le sein gauche et le pubis de la victime sont attribuables à Hugues Duguay.

## (2) La preuve de la défense

Les accusés ont d'abord opposé une défense d'alibi aux accusations portées contre eux. Ils ont affirmé s'être trouvés à Senneterre, à 70 kilomètres de Val-d'Or, durant la soirée du 9 mars. Billy Taillefer a témoigné avoir passé une partie de la soirée au « Jobber », un bar de Senneterre. Il aurait quitté cet endroit entre 23 h 30 et minuit pour se rendre à un autre établissement nommé le « Contre-Bar », où il aurait rencontré quelques personnes, dont sa sœur Shirley Taillefer. Il serait parti de cet endroit vers 2 h, le matin du 10 mars 1990, pour rentrer immédiatement chez lui. Plusieurs témoins ont confirmé avoir vu Billy Taillefer à Senneterre au cours de la soirée du 9 mars 1990. Hugues Duguay a lui aussi affirmé qu'il se trouvait à Senneterre durant la soirée du 9 mars 1990. Il aurait visité plusieurs établissements durant cette soirée, dont le « Contre-Bar ». Il serait ensuite retourné chez lui où il affirme avoir regardé la télévision avec son frère. Il serait allé se coucher vers minuit-minuit et demie. Plusieurs témoins ont également déclaré avoir vu Hugues Duguay à Senneterre le 9 mars au soir.

Les appelants ont de plus contesté le caractère volontaire de leurs déclarations à la police. Ils ont soutenu avoir été menacés et battus durant leur interrogatoire. Selon leurs témoignages, les policiers leur auraient en fait dicté le contenu de leurs déclarations.

Enfin, en réponse au témoignage du D<sup>r</sup> Dorion, les appelants ont présenté une contre-expertise

17

18

19

20

two experts, Dr. Stanley Kogan and Dr. Brian Jeffrey Jonston, who challenged the validity and reliability of the methods used by one of the prosecution experts, Dr. Dorion, in his report on the marks found on the victim's body. Those experts even expressed doubt about whether the marks were made by bites, as Dr. Dorion had said.

menée par deux experts, les D<sup>rs</sup> Stanley Kogan et Brian Jeffrey Jonston. Ces derniers ont mis en doute la validité et la fiabilité des méthodes utilisées par l'un des experts de la poursuite, le D<sup>r</sup> Dorion, dans son expertise sur les marques retrouvées sur le corps de la victime. Ces experts ont même mis en doute le fait que ces marques proviennent de morsures, comme l'affirmait le D<sup>r</sup> Dorion.

21 On February 1, 1991, after deliberating for 14 days, the jury found the appellants guilty of the first degree murder of Sandra Gaudet. They were sentenced to life imprisonment without possibility of parole for 25 years. The appellants Taillefer and Duguay then appealed to the Quebec Court of Appeal.

Le 1<sup>er</sup> février 1991, après 14 jours de délibérations, le jury a déclaré les appelants coupables du meurtre au premier degré de Sandra Gaudet. Ils ont été condamnés à une peine d'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans. Les appelants Taillefer et Duguay ont alors formé un pourvoi devant la Cour d'appel du Québec.

C. *The First Appeals to the Court of Appeal (Proulx J.A.)* (1995), 40 C.R. (4th) 287

C. *Les premiers appels à la Cour d'appel (l'opinion du juge Proulx)* (1995), 40 C.R. (4th) 287

22 In their appeal, the appellants argued a number of grounds. Those grounds were divided into several categories by the Court of Appeal (at para. 3): [TRANSLATION] "1. Change of venue; 2. Jury selection; 3. The arrest and the admissibility of the out-of-court statements; 4. The interception by the police of the conversation between the appellant Duguay and his father; 5. The admissibility of the testimony given by Carl St-Pierre after a hypnosis session, and the issue of hypnosis; 6. [C]ertain restrictions on cross-examination; 7. The refusal by the judge to allow psychiatric evidence; 8. The forensic dentistry expert Dr. Dorion; 9. Rebuttal evidence; 10. The Crown's argument; 11. The charge to the jury on the following points: (i) the standard of proof; (ii) the identification evidence; (iii) the credibility of the witnesses; (iv) the burden of proof regarding voluntary intoxication; (v) the alibi defence; (vi) certain elements of first degree murder [and the responsibility of an accomplice to the commission of a first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code* having regard to the decision in *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306]; (vii) the theory of the defence; 12. The unreasonableness of the verdict; 13. Communication between a juror and a witness during the jury's deliberations."

Dans leur pourvoi, les appelants ont soulevé de nombreux moyens. Ceux-ci ont été regroupés en plusieurs catégories par la Cour d'appel (au par. 3) : « 1. Le changement de venue; 2. La formation du jury; 3. L'arrestation et la recevabilité des déclarations extra-judiciaires; 4. L'interception de la conversation entre l'appelant Duguay et son père par la police; 5. L'admissibilité du témoignage de Carl St-Pierre rendu à la suite d'une séance d'hypnose et la question de l'hypnose; 6. [C]ertaines restrictions au contre-interrogatoire; 7. Le refus du juge de permettre une preuve psychiatrique; 8. L'expert Dorion en odontologie judiciaire; 9. La contre-preuve; 10. La plaidoirie de la Couronne; 11. Les directives au jury sur les points suivants : i) la norme de preuve; ii) la preuve d'identification; iii) la crédibilité des témoins; iv) le fardeau de preuve en matière d'intoxication volontaire; v) la défense d'alibi; vi) certains éléments du meurtre au premier degré [et la responsabilité d'un complice dans la commission d'un meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) du *Code criminel* et à la lumière de l'arrêt *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306]; vii) la thèse de la défense; 12. Le caractère déraisonnable du verdict; 13. La communication d'un juré avec un témoin au cours des délibérations du jury. »

On June 12, 1995, in a judgment for which the reasons were written by Proulx J.A., the Court of Appeal dismissed the appeal and upheld the verdict of guilty for the first degree murder of Sandra Gaudet in the case of the appellant Taillefer. In his reasons, Proulx J.A. held that the errors committed by the trial judge did not prejudice that accused. Moreover, even if those errors had not been made, the jury's verdict would have remained the same. The appellant Taillefer then filed an application for leave to appeal to this Court, which was dismissed on February 21, 1996.

However, the Court of Appeal allowed the appeal by the appellant Duguay. In the court's opinion, the instructions given to the jury concerning Hugues Duguay's participation in the first degree murder of Sandra Gaudet, under s. 231(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("Cr. C."), did not adhere to the principles laid down by this Court in *Harbottle*, *supra*. The trial judge did not tell the jury that Hugues Duguay could only be held responsible for the first degree murder of Sandra Gaudet if the evidence established that his participation in the crime was a substantial cause of the victim's death. In the court's opinion, the appellant Duguay could not have been convicted of first degree murder on the evidence presented at trial concerning his role in this matter. Accordingly, the court directed that a new trial be held on a reduced charge of second degree murder.

On August 16, 1995, the appellant Duguay changed lawyers. His new counsel then negotiated a guilty plea to a reduced charge of manslaughter with the Crown. François Tremblay J., of the Superior Court, then accepted the guilty plea and sentenced the accused to 12 years in a penitentiary.

#### D. *The Poitras Commission and its Consequences*

On February 19, 1999, while he was still in a penitentiary, the appellant Duguay received a letter from the Associate Deputy Minister of Justice of Quebec, Mario Bilodeau, and a copy of the parts of the Poitras Commission's report that related to his

Le 12 juin 1995, la Cour d'appel, dans un jugement dont les motifs ont été rédigés par le juge Proulx, a rejeté le pourvoi et confirmé le verdict de culpabilité pour le meurtre au premier degré de Sandra Gaudet en ce qui concerne l'appellant Taillefer. Selon l'opinion du juge Proulx, les erreurs commises par le juge du procès n'ont pas porté préjudice à cet accusé. Par ailleurs, même en l'absence de ces erreurs, le verdict rendu par le jury serait demeuré le même. L'appellant Taillefer a ultérieurement présenté une demande d'autorisation d'appel devant notre Cour, que cette dernière a rejetée le 21 février 1996.

La Cour d'appel a cependant accueilli le pourvoi de l'appellant Duguay. À son avis, les directives données au jury sur la participation de Hugues Duguay au meurtre au premier degré de Sandra Gaudet aux termes du par. 231(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« Cr. C. »), ne respectaient pas les principes établis par notre Cour dans l'arrêt *Harbottle*, précité. En effet, le premier juge n'avait pas indiqué au jury que Hugues Duguay ne pouvait être tenu responsable du meurtre au premier degré de Sandra Gaudet que si la preuve démontrait que sa participation au crime avait été une cause substantielle du décès de la victime. Selon la cour, la preuve présentée au procès, au sujet du rôle de l'appellant Duguay dans cette affaire, ne permettait pas de le condamner pour meurtre au premier degré. En conséquence, elle a ordonné un nouveau procès sur une accusation réduite de meurtre au deuxième degré.

Le 16 août 1995, l'appellant Duguay a changé d'avocat. Son nouveau procureur a négocié par la suite un plaidoyer de culpabilité à une accusation réduite d'homicide involontaire, avec le ministère public. Le juge François Tremblay, de la Cour supérieure, a alors accepté le plaidoyer de culpabilité et a condamné l'accusé à une peine de 12 ans de pénitencier.

#### D. *La Commission Poitras et ses suites*

Le 19 février 1999, alors qu'il se trouve toujours détenu dans un pénitencier, l'appellant Duguay reçoit une lettre du sous-ministre associé de la Justice du Québec, M<sup>e</sup> Mario Bilodeau, ainsi qu'une copie des parties du rapport de la Commission Poitras qui

23

24

25

26



and to the appellant Taillefer's cases. The Poitras Commission's report raised a number of questions concerning the conduct of the appellants' case by the police and the Crown. The report noted, *inter alia*, that a considerable body of evidence had not been disclosed to the defence at the time of the appellants' trials. It accordingly recommended that the Minister of Justice reopen the case.

27 The appellant Duguay then applied to the Court of Appeal for an extension of the time for appealing, for leave to appeal his conviction, and to introduce fresh evidence. Those applications were allowed. The appellant's case then came up for a hearing before the Quebec Court of Appeal for the second time.

28 The appellant Taillefer had received the same information concerning the report of the Poitras Commission. Because he had exhausted the usual remedies, he asked the Minister of Justice of Canada to refer his case to the Court of Appeal under s. 690 *Cr. C.* (which has since been repealed). On October 16, 2000, under the authority of that provision, the Minister of Justice referred the matter to the Court of Appeal so that the appellant Taillefer's conviction for the first degree murder of Sandra Gaudet might be reviewed in light of any fresh evidence that might be admitted. The parties introduced fresh evidence before the Court of Appeal, which then heard the new appeal by the appellant Duguay and the application for review of the trial and of the appellant Taillefer's conviction.

#### E. *The Fresh Evidence and Its Purpose*

29 The Poitras Commission report revealed that a considerable amount of evidence had not been disclosed to the defence at trial. The fresh evidence essentially consisted of the oral and written statements of various witnesses gathered by the police during their investigation, investigation notes taken by police officers in the course of questioning the accused, and the information sworn by a police officer for the purpose of obtaining a search warrant. As we shall see later, when more details are added, some of the undisclosed evidence was relevant for

portent sur son cas et sur celui de l'appellant Taillefer. Le rapport de la Commission Poitras soulève de nombreuses interrogations à propos de la conduite du dossier des appelants par les autorités policières et le ministère public. Le rapport souligne notamment que de nombreux éléments de preuve n'ont pas été divulgués à la défense à l'occasion du procès des appelants. Il recommande en conséquence au ministre de la Justice de rouvrir le dossier.

L'appellant Duguay a alors présenté devant la Cour d'appel des requêtes en prorogation du délai d'appel, en autorisation d'appeler de sa déclaration de culpabilité, et pour production d'une preuve nouvelle. Ces requêtes ont été accueillies. Le dossier de l'appellant se retrouvait ainsi pour une deuxième fois devant la Cour d'appel du Québec.

L'appellant Taillefer avait reçu les mêmes informations au sujet du rapport de la Commission Poitras. Puisqu'il avait épuisé les voies de recours usuelles, il a présenté une demande au ministre de la Justice du Canada pour renvoi devant la Cour d'appel en vertu de l'art. 690 *C. cr.* (maintenant abrogé). En application de cette disposition, le ministre de la Justice a renvoyé le dossier devant la Cour d'appel le 16 octobre 2000 afin que la déclaration de culpabilité de l'appellant Taillefer pour le meurtre au premier degré de Sandra Gaudet soit révisée à la lumière des nouveaux éléments de preuve qui pourraient être reçus. Les parties ont procédé à la constitution de cette nouvelle preuve devant la Cour d'appel. Celle-ci a ensuite entendu le nouveau pourvoi de l'appellant Duguay et la demande de révision du procès et de la condamnation de l'appellant Taillefer.

#### E. *La nouvelle preuve et son objet*

Le rapport de la Commission Poitras a révélé que de nombreux éléments de preuve n'ont pas été divulgués à la défense lors du procès. La nouvelle preuve est essentiellement constituée des déclarations verbales et écrites de divers témoins recueillies par la police durant son enquête, de notes d'enquête des policiers au cours des interrogatoires des accusés et de la dénonciation assermentée d'un policier visant à obtenir un mandat de perquisition. Tel que nous le verrons plus loin avec davantage de détails, plusieurs de ces éléments non divulgués étaient

the defence's purposes. A considerable part of it could have been used to impeach the credibility of certain prosecution witnesses. Other evidence raised serious doubts as to the credibility of the theory put forward by the Crown. Finally, the defence could have used some of that evidence to explore or discover new avenues of investigation.

First, the Crown failed to disclose the statements of numerous witnesses which contradicted the testimony of Donald and Carl Saint-Pierre concerning the presence of Laurent Taillefer's vehicle at the location where the victim's body was discovered. The police questioned 25 witnesses, who stated that they had seen various types of vehicles at the same place at the same time, several of which did not match the description given by the Saint-Pierres at trial.

In addition, the Crown did not disclose a written statement made by André Caouette, Laurent Taillefer's co-worker. At trial, Mr. Caouette testified that he had received a call from Laurent Taillefer during the night of the murder, asking him to take over for him sooner than scheduled. In a statement dated March 17, 1990, and thus taken before the trial, that witness had stated that he himself had taken the initiative of asking Laurent Taillefer whether he would agree to have Mr. Caouette replace him earlier during the night of March 9 to 10, 1990. That statement contradicts the theory that Laurent Taillefer had left his work in a hurry in order to assist the accused in getting rid of the victim's body.

According to the Poitras Commission's report, Isabelle Martel, the witness who said at trial that she had heard incriminating noises coming from Laurent Taillefer's apartment during the night of the murder, had made a statement of a different tenor to police prior to the trial. The handwritten notes made by an officer of the Val-d'Or municipal police, who spoke with Isabelle Martel on April 2, 1990, reveal that she could not say whether she had heard noise coming from Laurent Taillefer's apartment during the nights of March 9 or 10, 1990. That statement was never disclosed to the defence, nor was the statement made by her husband, Juan Caruncho,

pertinents pour la défense. Nombre d'entre eux auraient pu servir à ébranler la crédibilité de certains témoins de la poursuite. D'autres soulevaient des doutes sérieux quant à la crédibilité de la thèse présentée par le ministère public. Enfin, certains auraient permis à la défense d'explorer ou de découvrir de nouvelles pistes d'enquête.

En premier lieu, le ministère public a omis de divulguer les déclarations de nombreux témoins qui contredisent les témoignages de Donald et de Carl Saint-Pierre relativement à la présence du véhicule de Laurent Taillefer sur les lieux où fut découvert le corps de la victime. Les policiers ont interrogé 25 témoins qui ont déclaré avoir aperçu, au même moment et au même endroit, divers types de véhicules dont plusieurs ne correspondent pas à la description faite par les Saint-Pierre lors du procès.

Ensuite, le ministère public n'a pas communiqué une déclaration écrite d'André Caouette, le compagnon de travail de Laurent Taillefer. Au procès, celui-ci a témoigné avoir reçu un appel de Laurent Taillefer durant la nuit du meurtre lui demandant de prendre la relève de ce dernier plus tôt que prévu. Dans une déclaration datée du 17 mars 1990, donc recueillie avant le procès, ce témoin avait affirmé qu'il avait lui-même pris l'initiative de demander à Laurent Taillefer s'il accepterait de se faire remplacer plus tôt durant la nuit du 9 au 10 mars 1990. Cette déclaration contredit la thèse selon laquelle Laurent Taillefer avait quitté son travail de manière précipitée afin d'aider les accusés à se débarrasser du cadavre de la victime.

Selon le rapport de la Commission Poitras, le témoin Isabelle Martel, qui a affirmé lors du procès avoir entendu des bruits incriminants provenant de l'appartement de Laurent Taillefer durant la nuit du meurtre, aurait fait une déclaration d'une autre teneur aux policiers antérieurement au procès. Les notes manuscrites d'un policier de la Sûreté municipale de Val-d'Or, qui a discuté avec Isabelle Martel le 2 avril 1990, révèlent que celle-ci ne pouvait affirmer si elle avait entendu du bruit provenant de l'appartement de Laurent Taillefer pendant les nuits du 9 ou 10 mars 1990. Cette déclaration n'a jamais été divulguée à la défense, non plus que celle de son

30

31

32

who said that he had not heard any particular noises during the night of the murder.

33

Nor was a particularly important statement made by a friend of the victim, Isabelle Brouillette, dated March 14, 1990, disclosed to the defence. That witness said that she had met Sandra Gaudet at a dance on the night of the murder, shortly before midnight. She said that the dance had been held at the far east end of the city of Val-d'Or. That statement was in direct conflict with the Crown's theory, which was that the victim was abducted at about midnight at the far west end of the city, in the vicinity of Laurent Taillefer's home.

34

Ghyslaine Pomerleau, the witness who stated at trial that she had heard the [TRANSLATION] "unusually long scream of a teenaged girl" during the night of the murder, had made a number of statements prior to trial which were never disclosed to the defence. The version of the facts that this witness gave changed over the course of her statements. For instance, on March 20, 1990, she said that she had heard a woman's scream. The next day, she described the scream as being rather the scream of a teenaged girl. On April 10, 1990, the scream became the scream of a person [TRANSLATION] "surprised from behind". And at trial, she described the voice she had heard as the voice of a girl, not a small child or an adult. In her testimony, in the presence of the jury, she also said that she had made only one statement to the police.

35

The Crown also failed to disclose a statement made by Guy Leblanc, a taxi driver in Val-d'Or. On March 26, 1990, he told the Val-d'Or municipal police that on the night of the murder, at about midnight, he had noticed that there was a big, light-brown vehicle near the intersection of Baie-Carières and Forest, in the vicinity of the victim's home. According to him, three people sat in the vehicle, one of whom was a girl who matched the description of Sandra Gaudet. The girl had made a gesture toward him that could have been interpreted as a sign of distress.

mari, Juan Caruncho, qui affirmait ne pas avoir entendu de bruits particuliers durant la nuit du meurtre.

La défense n'a pas davantage reçu communication d'une déclaration particulièrement importante d'une amie de la victime, Isabelle Brouillette, datée du 14 mars 1990. En effet, ce témoin affirme avoir rencontré Sandra Gaudet à une danse le soir du meurtre, peu avant minuit. Cette danse aurait eu lieu à l'extrémité est de la ville de Val-d'Or. Cette déclaration contredit directement la thèse du ministère public selon laquelle la victime a été enlevée vers minuit à l'extrémité ouest de la ville, aux environs de la résidence de Laurent Taillefer.

Le témoin Ghyslaine Pomerleau, qui a déclaré au procès avoir entendu le « cri anormalement long [d']une adolescente » durant la nuit du meurtre, avait fait plusieurs déclarations antérieurement au procès qui n'ont jamais été divulguées à la défense. La version des faits relatée par ce témoin a évolué au fil de ses déclarations. Ainsi, le 20 mars 1990, elle a affirmé avoir entendu le cri d'une femme. Le lendemain, elle décrit plutôt le cri comme celui d'une adolescente. Le 10 avril 1990, le cri devient celui d'une personne « surprise par derrière ». Enfin, au procès, elle décrit la voix entendue comme celle d'une jeune fille, non d'une jeune enfant ou d'une adulte. Dans son témoignage, devant le jury, elle a aussi affirmé n'avoir fait qu'une seule déclaration aux policiers.

Le ministère public a également omis de divulguer une déclaration faite par Guy Leblanc, un chauffeur de taxi de Val-d'Or. Le 26 mars 1990, ce dernier a déclaré à la Sûreté municipale de Val-d'Or que la nuit du meurtre, vers minuit, il avait remarqué la présence d'un gros véhicule brun pâle près de l'intersection Baie-Carières et Forest, à proximité de la résidence de la victime. Selon lui, trois personnes se trouvaient à bord du véhicule, dont une jeune fille qu'il identifie comme Sandra Gaudet. Cette jeune fille aurait fait un geste dans sa direction qui pourrait être interprété comme une manifestation de détresse.

There was no disclosure of a sworn information submitted to a justice of the peace on April 12, 1990, in order to obtain a search warrant to seize the mould of Laurent Taillefer's lower teeth. In that information, the police officer said that Dr. Dorion, an expert in forensic dentistry, had told him that Laurent Taillefer's upper plate was consistent with the marks left on Sandra Gaudet's breast. That statement is inconsistent with Dr. Dorion's testimony at trial. This expert had said at trial that Duguay's teeth were consistent with the marks left on the victim's body and that the word [TRANSLATION] "consistent" meant [TRANSLATION] "beyond a reasonable doubt".

The written statements by Gilles Barron and Chantal Barrette, dated March 13, 1990, were also not disclosed to the defence. In their statements, these witnesses said that they had seen two men of about fifty years of age with a shovel on chemin Baie-Carières the day after the murder. The two men had a brown car. They had gone back to their car when the two witnesses stopped their own vehicle.

Last, the Crown did not inform the defence of the existence of notes taken during the questioning of the appellants Taillefer and Duguay by Lieut. Pelletier and the investigating officer, Cossette. The officers who questioned Billy Taillefer and Hugues Duguay had instructions to report periodically to Lieut. Pelletier and Cossette on the progress of the interrogations. It appears that some of the information in those notes contradicts the testimony given by the police officers, Bettez, Lussier, Leduc and Charette, at the *voir dire* and in the presence of the jury, concerning the conduct of those interrogations and the demeanour of the accused.

### III. Judgments Below

Notwithstanding this fresh evidence, the appellants met with total failure in the Court of Appeal. That court held that there was no sufficient ground to warrant quashing the guilty verdicts and ordering new trials. It rendered two separate but unanimous

Aucune divulgation n'a été faite d'une dénonciation assermentée présentée à un juge de paix le 12 avril 1990 dans le but d'obtenir un mandat de perquisition afin de saisir le moulage de la dentition inférieure de Laurent Taillefer. Dans cette dénonciation, le policier affirme que le D<sup>r</sup> Dorion, expert en odontologie judiciaire, lui aurait affirmé que la prothèse supérieure de Laurent Taillefer serait compatible avec les marques laissées sur le sein de Sandra Gaudet. Cette affirmation est incompatible avec le témoignage du D<sup>r</sup> Dorion lors du procès. En effet, cet expert a alors affirmé que la dentition de Duguay était compatible avec les marques laissées sur le corps de la victime et que le mot « compatible » signifie « hors de tout doute raisonnable ».

Les déclarations écrites de M. Gilles Barron et de M<sup>me</sup> Chantal Barrette, datées du 13 mars 1990, n'ont pas non plus été divulguées à la défense. Dans leurs déclarations, ces témoins ont affirmé avoir aperçu deux hommes âgés d'une cinquantaine d'années avec une pelle sur le chemin Baie-Carières le lendemain du meurtre. Les deux hommes avaient une voiture brune. Ils auraient regagné leur voiture lorsque les deux témoins ont immobilisé leur véhicule.

Enfin, le ministère public n'a pas informé la défense de l'existence des notes prises au cours des interrogatoires des appelants Taillefer et Duguay par le lieutenant Pelletier et l'enquêteur Cossette. Les agents qui interrogeaient Billy Taillefer et Hugues Duguay avaient pour instructions de rendre compte périodiquement du déroulement des interrogatoires au lieutenant Pelletier et à l'enquêteur Cossette. Or, il appert que certains éléments d'information contenus dans ces notes contredisent les témoignages que les agents Bettez, Lussier, Leduc et Charette ont rendu lors du voir-dire et devant le jury au sujet de la conduite de ces interrogatoires et de l'attitude des accusés.

### III. Les jugements dont appel

Malgré cette nouvelle preuve, les appelants essuyèrent un échec complet devant la Cour d'appel. Celle-ci jugea qu'aucun motif suffisant ne justifiait l'annulation des verdicts de culpabilité et la tenue de nouveaux procès. Elle rendit deux arrêts distincts

36

37

38

39

judgments; the reasons were written by Biron J.A. in Hugues Duguay's appeal and by Beauregard J.A. in Billy Taillefer's appeal. I shall now summarize the content of the two opinions.

A. *The Appellant Duguay's Case*, [2001] Q.J. No. 4037 (QL)

40 Biron J.A. denied the appellant Duguay leave to withdraw his guilty plea, thereby upholding the verdict against him. He was of the view that the guilty plea, which was voluntary and unequivocal, complied with the requirements imposed by the decisions in *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426, and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, on this point. In his opinion, the appellant was perfectly aware of the allegations against him and of the consequences of his plea, which was in fact taken after a new trial had been ordered.

41 Biron J.A. then examined the problem of the compliance with the Crown's duty to disclose. In his opinion, it was of no consequence that the verdict in this case had been rendered before this Court's decision in *Stinchcombe*, because [TRANSLATION] "the duty to disclose was pre-existing and was triggered whenever there was a reasonable possibility of the information being useful to the accused in making full answer and defence" (para. 38). In his opinion, the Crown had violated its duty to disclose in this case.

42 Then, relying on this Court's decision in *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, Biron J.A. examined the impact of the failure to disclose on the guilty plea. He pointed out that [TRANSLATION] "[w]hen an accused waives the presumption of innocence by pleading guilty, he must be aware of the evidence that the Crown has in its possession, both the evidence that is favourable to him and the evidence that is not" (para. 46). He rejected the appellant's solemn declaration and the declarations of his counsel to the effect that he would never have admitted his guilt if he had known the facts revealed by the Poitras Commission, which pointed to his innocence, as not credible. In his opinion, [TRANSLATION] "the appellant actually admitted the facts at the hearing, in 1995, and . . . pleaded guilty because he was guilty

mais unanimes, dont les motifs ont été rédigés par le juge Biron dans l'appel de Hugues Duguay et par le juge Beauregard dans celui de Billy Taillefer. Je résumerai maintenant le contenu de ces deux opinions.

A. *Le cas de l'appelant Duguay*, [2001] J.Q. n° 4037 (QL)

Le juge Biron a refusé à l'appelant Duguay l'autorisation de retirer son plaidoyer de culpabilité, confirmant ainsi le verdict prononcé contre lui. Il a estimé que ce plaidoyer, volontaire et sans équivoque, respectait les exigences imposées par les arrêts *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426, et *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, en cette matière. À son avis, l'appelant connaissait parfaitement les allégations portées contre lui ainsi que les conséquences de son plaidoyer, survenu d'ailleurs après une ordonnance de nouveau procès.

Le juge Biron a ensuite examiné le problème de l'exécution de l'obligation de divulgation du ministère public. Selon lui, il importait peu que le verdict dans la présente affaire ait été rendu avant l'arrêt de cette Cour dans *Stinchcombe*, puisque « l'obligation de divulguer était préexistante et qu'elle est déclenchée chaque fois qu'il y a une possibilité raisonnable que le renseignement soit utile à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière » (par. 38). À son avis, en l'espèce, le ministère public a violé son obligation de divulgation.

S'appuyant alors sur l'arrêt de notre Cour dans *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, le juge Biron s'est interrogé sur l'incidence de la non-divulgation sur le plaidoyer de culpabilité. Il a souligné que « [l]orsqu'un accusé renonce à la présomption d'innocence en plaidant coupable, il doit être au courant de la preuve que le ministère public a en sa possession, aussi bien celle qui lui est favorable que celle qui ne l'est pas » (par. 46). Il a rejeté comme non crédibles la déclaration solennelle de l'appelant ainsi que celles de ses avocats selon lesquelles il n'aurait jamais reconnu sa culpabilité s'il avait connu les faits qui ont été révélés par la Commission Poitras et qui proclamaient son innocence. À son avis, « l'appelant a véritablement reconnu les faits à l'audience, en 1995, et [ . . . ] il a plaidé coupable

and he was afraid of being convicted of murder again” (para. 54).

According to Biron J.A., [TRANSLATION] “we must ask whether the appellant, who, in his heart of hearts, admitted the facts and was afraid of being convicted of murder again, would have pleaded guilty, knowing what had not been disclosed to him that the Crown should have disclosed before accepting his guilty plea” (para. 55). In his opinion, in order for the appellant to be given leave to withdraw his guilty plea, it had to be determined whether, despite that plea, he was entitled to one of the remedies sought on the basis of the failure to disclosure. Otherwise an accused who had admitted guilt would be granted broader rights than a person who has always maintained his or her innocence. To determine whether the failure to disclose evidence should enable the appellant to withdraw his guilty plea, he applied the test laid down by this Court in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, which sets out the requirements for admitting fresh evidence on appeal. Before permitting the guilty plea to be withdrawn, [TRANSLATION] “the Court must be persuaded, after examining the evidence now in the record, that together with the other evidence adduced at trial, the fresh evidence could reasonably have affected the result and prompted the appellant to run the risk of a second trial on a murder charge” (para. 59).

In light of that test, Biron J.A. carefully reviewed the fresh evidence in all its details, assessing the impact of each piece of evidence on the outcome of the trial. He ruled out each of those pieces of evidence, concluding that none of them could have had an effect on the verdict or influenced the appellant’s decision to admit his guilt.

Biron J.A. first examined the alleged inconsistencies between the notes taken by Lieut. Pelletier and the investigating officer, Cossette, and the testimony of police officers Bettez and Lussier on the *voir dire* and at trial. In his opinion, the inconsistencies between the police testimony and the notes adduced as fresh evidence were not so serious as to justify excluding the incriminating statement made

parce qu’il l’était et qu’il avait peur d’être déclaré coupable de meurtre de nouveau » (par. 54).

Selon le juge Biron, « il faut se demander si l’appelant qui, en son for intérieur, reconnaissait les faits et avait peur d’être condamné pour meurtre de nouveau, aurait plaidé coupable, connaissant ce qui ne lui avait pas été divulgué et que la Couronne aurait dû lui communiquer avant d’accepter son plaidoyer de culpabilité » (par. 55). À son avis, pour que l’appelant soit autorisé à retirer son plaidoyer de culpabilité, il convient de déterminer si, malgré ce plaidoyer, il a droit à l’une des réparations recherchées du fait de la non-divulgaration. Il faut, en effet, éviter de reconnaître des droits plus étendus au prévenu qui a admis sa culpabilité qu’à la personne qui a toujours maintenu son innocence. Afin de déterminer si la non-divulgaration de la preuve devrait permettre à l’appelant de retirer son plaidoyer de culpabilité, il a appliqué le test élaboré par la Cour dans l’arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, qui précise les conditions de l’admissibilité d’une nouvelle preuve en appel. Avant de permettre le retrait du plaidoyer de culpabilité, « il faut que l’examen de la preuve maintenant au dossier convainque la Cour qu’avec les autres éléments de preuve produits au procès, la preuve nouvelle aurait raisonnablement pu influencer le résultat et incité (*sic*) l’appelant à courir le risque d’un deuxième procès sur une accusation de meurtre » (par. 59).

À la lumière de ce test, le juge Biron a analysé attentivement les éléments de la nouvelle preuve dans tous les détails, en mesurant l’impact de chacun d’eux sur le résultat du procès. Il a écarté chacun de ces éléments de preuve, concluant qu’aucun d’entre eux n’aurait pu avoir un effet sur le verdict ou influencer la décision de l’appelant de reconnaître sa culpabilité.

Le juge Biron a examiné en premier lieu les contradictions alléguées entre les notes prises par le lieutenant Pelletier et l’enquêteur Cossette, et les témoignages des agents Bettez et Lussier lors du *voir-dire* et du procès. À son avis, les incompatibilités entre le témoignage des policiers et les notes produites comme preuve nouvelle ne sont pas sérieuses au point de justifier l’exclusion de la déclaration

43

44

45

by the appellant. That confession, in his opinion, was nonetheless free and voluntary.

46

Biron J.A. then analyzed the impact of the fresh evidence on the testimony given by Dr. Dorion, who had said at trial that the appellant's teeth were consistent with the marks left on the victim's breast, and that this meant that he was, [TRANSLATION] "beyond a reasonable doubt", the person responsible for them. Biron J.A. conceded that the credibility of Dr. Dorion's testimony was problematic. First, before the trial, he had certified under oath, for the purposes of an information to be used to obtain a search warrant, that the marks left on the victim's body were consistent with Laurent Taillefer's teeth. Second, during the trial, this same witness had stated that the marks were consistent with the appellant Duguay's teeth. Third, with respect to the fresh evidence, he seems to have tried to qualify his earlier testimony, by adding that the word "*compatible*" [consistent] did not, in his mind, mean "beyond a reasonable doubt". However, Biron J.A. was of the opinion that this credibility problem had been apparent at the trial. In his view, the sworn information, which was adduced as fresh evidence, could not have served to further impeach that testimony. He concluded that he therefore saw [TRANSLATION] "nothing in this evidence that would change the result" (para. 79).

47

Biron J.A. also examined the content of the prior statements by various witnesses that contradicted the testimony they gave at trial, or undermined the Crown's theory with respect to the events relating to the murder. First, he analyzed the impact of the statement by Isabelle Brouillette, who had said, before the trial, that she had seen the victim at about midnight at a dance at the far east end of the city. According to the Crown, the victim was then at the other end of the city, near Laurent Taillefer's home. While Biron J.A. acknowledged that [TRANSLATION] "if that statement had been made at trial by a credible person, it would have supported the appellant's and Taillefer's alibi defence" (para. 82), he concluded that the Crown had no obligation to call Brouillette to testify. In his view, this witness also had little credibility. When she was heard in relation to the fresh

incriminante de l'appelant. Cette confession demeurerait selon lui libre et volontaire.

Puis, le juge Biron a analysé l'impact de la nouvelle preuve sur le témoignage du D<sup>r</sup> Dorion, qui avait déclaré lors du procès que la dentition de l'appelant est compatible avec les marques laissées sur le sein de la victime et que ceci signifie qu'il est responsable « hors de tout doute raisonnable ». Le juge Biron a reconnu que la crédibilité du témoignage du D<sup>r</sup> Dorion posait un problème. D'une part, avant le procès, aux fins d'une dénonciation destinée à obtenir un mandat de perquisition, il avait attesté sous serment que les marques laissées sur le corps de la victime étaient compatibles avec la dentition de Laurent Taillefer. D'autre part, au cours du procès, le même témoin avait affirmé que ces marques étaient compatibles avec la dentition de l'appelant Duguay. Enfin, dans le cadre de la nouvelle preuve, il paraît avoir tenté de nuancer son témoignage antérieur en ajoutant que le terme « compatible » ne signifiait pas pour lui « hors de tout doute raisonnable ». Cependant, le juge Biron a estimé que ce problème de crédibilité était déjà manifeste lors du procès. À son avis, la dénonciation produite en nouvelle preuve n'aurait pu servir à l'affaiblir davantage. Il a conclu qu'il ne voit alors « rien dans cet élément de preuve de nature à modifier le résultat » (par. 79).

Le juge Biron a aussi examiné la portée des déclarations antérieures de divers témoins qui contredisent les témoignages qu'ils ont rendus au procès ou encore affaiblissent la thèse du ministère public quant aux événements relatifs au meurtre. Il a analysé en premier lieu l'impact de la déclaration d'Isabelle Brouillette qui, antérieurement au procès, avait affirmé avoir vu la victime vers minuit à une danse à l'extrémité est de la ville. Selon le ministère public, la victime se trouvait alors à l'autre extrémité de la ville, près du domicile de Laurent Taillefer. Tout en admettant que « si la même déclaration avait été faite au procès par une personne crédible, elle aurait étayé la défense d'alibi de l'appelant et de Taillefer » (par. 82), le juge Biron a conclu que le ministère public n'avait pas l'obligation de faire entendre le témoin Brouillette. D'après lui, la crédibilité de

evidence, Isabelle Brouillette stated that she was no longer certain whether she had seen the victim on the evening before she disappeared or the previous week. She also acknowledged that at the time she made the statement, she was distressed because she had been a victim of incest. In Biron J.A.'s opinion, there was nothing to show that the police had brought undue pressure to bear on her to alter her account at a meeting held before she testified in relation to the fresh evidence. Biron J.A. was also of the view that the weakness of the statement made in 1990 was exacerbated by the fact that the person who made it had stated that the victim was wearing a black coat, while the evidence had established that she was actually wearing a blue-jean jacket. Moreover, he pointed out that the statement by this witness cannot be reconciled with the statements by other witnesses such as Anick Cloutier and Steve Fortier. Anick Cloutier, for instance, who attended the dance with Isabelle Brouillette, said that she had not seen Sandra Gaudet there. Moreover, Steve Fortier, the victim's boyfriend, confirmed that he had spent the evening before the murder with the victim. Biron J.A. concluded by adding that the statement made by Isabelle Brouillette [TRANSLATION] "is a statement made by someone who is mistaken and could not be seen as anything else" (para. 88).

In Biron J.A.'s opinion, the failure to disclose the statement by Guy Leblanc, the taxi driver who said he had seen the victim in a big brown vehicle at about midnight on the night of the murder, did not prejudice the appellant. In his view, that statement was not only implausible, but was also contradicted by the testimony given by the dispatchers at the taxi office with whom he was in contact. According to the testimony of those employees, Mr. Leblanc could not have been at the place in question at the time when he said he drove past the vehicle in which he said he saw Sandra Gaudet.

Biron J.A. noted later that he found it [TRANSLATION] "remarkable, if not incomprehensible" (para. 95) that the witnesses who stated that they had seen vehicles on the night of the murder other than Laurent Taillefer's at the location where

ce témoin était d'ailleurs faible. En effet, lors de son audition dans le cadre de la preuve nouvelle, Isabelle Brouillette a déclaré ne plus être certaine d'avoir vu la victime la veille de sa disparition ou la semaine précédente. Elle a aussi reconnu qu'au moment où elle a fait sa déclaration, elle était perturbée par un inceste dont elle avait été victime. D'après le juge Biron, rien ne démontre que la police ait exercé des pressions indues afin qu'elle modifie sa version lors d'une rencontre tenue avant son témoignage dans le cadre de la nouvelle preuve. De plus, le juge a estimé que la faiblesse de la déclaration faite en 1990 est accentuée en raison du fait que son auteur avait déclaré que la victime portait un manteau noir, alors qu'il a été prouvé qu'elle était plutôt vêtue d'un manteau en jean bleu. Par ailleurs, le juge a souligné que la version de ce témoin ne peut être conciliée avec les déclarations d'autres témoins comme Anick Cloutier et Steve Fortier. Ainsi, Anick Cloutier, qui se trouvait à la danse avec Isabelle Brouillette, a affirmé ne pas y avoir vu Sandra Gaudet. Par ailleurs, Steve Fortier, le petit ami de la victime, a confirmé avoir passé la soirée précédant le meurtre avec cette dernière. Le juge Biron a enfin ajouté que la déclaration d'Isabelle Brouillette « est celle d'une personne qui se trompe et qu'elle ne pouvait être perçue autrement » (par. 88).

Selon le juge Biron, la non-divulgarion de la déclaration de Guy Leblanc, le chauffeur de taxi qui a déclaré avoir vu la victime dans un gros véhicule brun vers minuit le soir du meurtre, n'a pas pu causer de préjudice à l'appelant. À son avis, cette déclaration est non seulement invraisemblable, mais elle est également contredite par les témoignages des répartitrices du poste de taxi avec lequel il se trouvait en contact. Selon les témoignages de ces employées, M. Leblanc ne pouvait se trouver à l'endroit allégué au moment où il affirme avoir croisé le véhicule dans lequel il aurait vu Sandra Gaudet.

Le juge Biron a souligné plus loin qu'il trouve « remarquable, voire incompréhensible » (par. 95), le fait que les témoins qui ont déclaré avoir vu, la nuit du meurtre, des véhicules différents de celui de Laurent Taillefer sur les lieux où a été enterré



the victim's body was buried did not testify in relation to the fresh evidence. Biron J.A. accordingly assumed that their testimony was of no assistance to the defence. He further expressed the opinion that those statements did not disclose anything of any significance. The appellant was aware of the existence of the statements, disclosure of which he had been denied in the past. Nonetheless, he had agreed to plead guilty, at a time when he had the assistance of counsel, without again requesting disclosure of them. Biron J.A. was also of the view that the statements made by André Caouette, Isabelle Martel, Juan Caruncho and Ghyslaine Pomerleau could not have changed the verdict or influenced the appellant's decision to admit his guilt.

50 Biron J.A. concluded that he [TRANSLATION] "could not reasonably believe", after "a thorough examination of the evidence", that "the fresh evidence, together with the other evidence introduced at trial, would have affected the result, assuming that all the evidence that could have been introduced at the first trial is now in the record" (para. 115). He was also of the opinion, "taking into account also the cumulative effect of the evidence that was not disclosed, that the failure to disclose did not affect the outcome or the overall fairness of the first trial, or the appellant's decision to plead guilty in 1995" (para. 116). Because of those conclusions, withdrawal of the guilty plea was not warranted and the appellant Duguay's appeal had to be dismissed.

B. *The Appellant Taillefer's Case*, [2001] Q.J. No. 3975 (QL)

51 Like Biron J.A. in the case of the appellant Duguay, Beauregard J.A. analyzed the new evidence item by item. Having completed that analysis, he concluded that none of that evidence could reasonably have changed the result of the trial, and that as a result the application for review of the appellant Taillefer's trial had to fail.

52 Beauregard J.A. first examined the fresh evidence relating to the incriminating statement made by the appellant to the police at the time he was arrested. He acknowledged the discrepancies

le corps de la victime, n'aient pas témoigné dans le cadre de la preuve nouvelle. Le juge Biron présume alors que ces témoignages n'étaient d'aucune utilité pour la défense. Il a en outre exprimé l'avis que ces déclarations ne révélaient rien de significatif. L'appelant connaissait l'existence de ces déclarations, dont la divulgation lui avait déjà été refusée. Malgré tout, il avait accepté de plaider coupable, alors qu'il était assisté d'un avocat, sans en demander à nouveau la divulgation. Le juge Biron a finalement considéré que les déclarations d'André Caouette, Isabelle Martel, Juan Caruncho et Ghyslaine Pomerleau n'auraient pu modifier le verdict ou influencer la décision de l'appelant d'admettre sa culpabilité.

Le juge Biron a conclu que « [l']examen approfondi de la preuve » ne lui « permet pas de raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, la preuve nouvelle aurait influé sur le résultat, tenant pour acquis que toute la preuve qui aurait pu être faite au premier procès est maintenant au dossier » (par. 115). Il est également d'avis, « tout en tenant compte de l'effet cumulatif de la preuve non divulguée, que l'omission de divulguer n'a pas influé sur l'issue ou l'équité globale du premier procès ni sur la décision de l'appelant de plaider coupable en 1995 » (par. 116). En raison de ces conclusions, le retrait du plaidoyer de culpabilité ne se justifiait pas et le pourvoi de l'appelant Duguay devait être rejeté.

B. *Le cas de l'appelant Taillefer*, [2001] J.Q. n° 3975 (QL)

À l'instar du juge Biron dans le dossier de l'appelant Duguay, le juge Beauregard a analysé un à un les éléments de la preuve nouvelle. Au terme de cette analyse, il a conclu qu'aucun d'entre eux n'aurait pu raisonnablement modifier le résultat du procès et qu'en conséquence la demande de révision du procès de l'appelant Taillefer devait échouer.

Le juge Beauregard a d'abord étudié la preuve nouvelle portant sur la déclaration incriminante que l'appelant avait faite aux policiers lors de son arrestation. Il a reconnu l'existence de divergences

between the notes taken by the coordinators, Cossette and Pelletier, during the interrogations and the testimony given by officer Charette at trial. He also acknowledged that he doubted the veracity of certain parts of that officer's testimony. Nonetheless, the failure to disclose the notes made by the investigating officer Cossette and Lieut. Pelletier did not, in his opinion, affect the fairness of the trial. Nor could it reasonably be thought that the verdict might have been different if that information had been available. In *Beauregard J.A.*'s opinion, no jury could reasonably conclude that the appellant had signed an incriminating statement because he had been beaten or been put into such a condition that it was not possible for him to engage in a free and voluntary act.

*Beauregard J.A.* then held that the failure to disclose the statements of the witnesses who said they had seen vehicles other than Laurent Taillefer's during the night of the murder near the place where the victim's body was buried could not reasonably have had an impact on the verdict. In his opinion, the determination of the identity of the vehicle that had been near the place where the victim's body was buried had directed the investigation toward Billy Taillefer and Hugues Duguay, and had then led to the discovery of all the other circumstantial evidence. That connection, between the discovery of the identity of the vehicle and the discovery of the considerable body of other evidence that made up the prosecution evidence, tended to confirm the accuracy of the statement given by Donald and Carl Saint-Pierre at trial.

*Beauregard J.A.* reached a similar conclusion when he found that the statements made by Isabelle Martel, Juan Caruncho, Ghyslaine Pomerleau and André Caouette would have had no effect. With respect to Caouette's statement, he noted that he could not imagine what prejudice could have flowed from the failure to disclose a statement the existence of which had been known since the preliminary inquiry. *Beauregard J.A.* then said that the inconsistencies identified in the statements given by Dr. Dorion were simply a [TRANSLATION] "tempest in a teapot" (para. 81). In his opinion, those inconsistencies did not destroy

entre les notes des coordonnateurs Cossette et Pelletier prises durant les interrogatoires et le témoignage de l'agent Charette lors du procès. Il a également reconnu douter de la véracité de certaines parties du témoignage de ce policier. Malgré tout, le défaut de divulgation des notes de l'enquêteur Cossette et du lieutenant Pelletier n'aurait pas affecté l'équité du procès. On ne saurait non plus raisonnablement penser que le verdict aurait pu être différent, si ces éléments d'information avaient été disponibles. En effet, selon le juge *Beauregard*, un jury ne pourrait raisonnablement conclure que l'appelant avait signé une déclaration incriminante parce qu'il aurait été battu ou placé dans un état qui ne lui permettait pas de poser un acte libre et volontaire.

Le juge *Beauregard* a ensuite conclu que la non-divulgation des déclarations des témoins qui ont affirmé avoir vu des véhicules différents de celui de Laurent Taillefer dans la nuit du meurtre, près de l'endroit où a été enseveli le corps de la victime, n'a pu raisonnablement avoir un impact sur le verdict. Selon le juge *Beauregard*, la constatation de l'identité du véhicule qui se trouvait près de l'endroit où a été ensevelie la victime a orienté l'enquête vers Billy Taillefer et Hugues Duguay et a par la suite conduit à la découverte de l'ensemble des autres éléments de la preuve circonstancielle. Ce lien entre la découverte de l'identité du véhicule et celle de nombreux autres éléments constitutifs de la preuve tendait à confirmer l'exactitude du témoignage rendu par Donald et par Carl Saint-Pierre lors du procès.

Le juge *Beauregard* est arrivé à une conclusion similaire au sujet de l'absence d'effet des déclarations d'Isabelle Martel, de Juan Caruncho, de Ghyslaine Pomerleau et d'André Caouette. À propos de ce dernier, il a souligné qu'il ne peut concevoir quel préjudice aurait pu causer la non-divulgation d'une déclaration dont l'existence était connue depuis l'enquête préliminaire. Le juge *Beauregard* a affirmé ensuite que les contradictions relevées dans les déclarations du D<sup>r</sup> Dorion ne représentaient qu'« une tempête dans un verre d'eau » (par. 81). À son avis, ces contradictions ne détruisaient pas la valeur du témoignage du

53

54

the value of the dentist's testimony. Then, commenting on the statement by the taxi driver, Guy Leblanc, Beauregard J.A. added that the jury's verdict would have been the same even if that statement had been disclosed. In his opinion, the implausible statement by Mr. Leblanc was, moreover, contradicted by the testimony of his taxi office dispatcher, and by various other items of circumstantial evidence. He ended by concluding that the statement made by Isabelle Brouillette, that she had met the victim at a dance during the evening of the murder, was weak; that statement conflicted with the testimony given by Steve Fortier and his mother and uncle, all of whom were credible individuals. In his view, even if Isabelle Brouillette had been called to testify at trial, the verdict would not have changed.

55

In the opinion of Beauregard J.A., the Crown's failure to disclose several items of evidence also did not affect the appellant's strategy at his trial. He was of the view as well that [TRANSLATION] "if the appellant had been aware of the evidence that he did not know about, it cannot reasonably be thought that it is possible that the verdict would have been different" (para. 110). Moreover, the fresh evidence did not have the necessary probative value to justify quashing the verdict and holding a new trial. Accordingly, citing the principles set out by this Court regarding the admission of fresh evidence in *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, he found that the fresh evidence was not admissible and dismissed the application for review of the trial.

#### IV. Relevant Statutory Provisions

56

##### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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.

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

690. The Minister of Justice may, on an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person

dentiste. Commentant par la suite la déclaration du chauffeur de taxi Guy Leblanc, le juge Beauregard a ajouté que le verdict du jury serait demeuré identique, même si elle avait été divulguée. À son avis, cette déclaration invraisemblable de M. Leblanc est en outre contredite par le témoignage des répartitrices de son poste de taxi ainsi que par plusieurs autres éléments de preuve circonstancielle. Finalement, il a conclu à la faiblesse de la déclaration d'Isabelle Brouillette, selon laquelle elle aurait rencontré la victime à une danse durant la soirée du meurtre. En effet, cette déclaration contredit les témoignages de Steve Fortier et de la mère et de l'oncle de ce dernier, tous des personnes crédibles. Selon son opinion, même si Isabelle Brouillette avait été entendue lors du procès, le verdict n'aurait pas changé.

D'après le juge Beauregard, la non-divulgation par le ministère public de plusieurs éléments de preuve n'avait pas non plus affecté la stratégie de l'appelant à son procès. Il était également d'avis que « si l'appelant avait connu les éléments qu'il ignorait, on ne peut raisonnablement penser qu'il est possible que le verdict aurait été différent » (par. 110). Enfin, il estimait que les nouveaux éléments de preuve ne possédaient pas la force probante nécessaire pour justifier l'annulation du verdict et la tenue d'un nouveau procès. En conséquence, invoquant les principes posés par notre Cour au sujet de la réception d'une preuve nouvelle dans l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, il a conclu à l'irrecevabilité des nouveaux éléments de preuve et au rejet de la demande de révision de procès.

#### IV. Dispositions législatives pertinentes

##### *Charte canadienne des droits et libertés*

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.

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

690. Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la

who has been convicted in proceedings by indictment or who has been sentenced to preventive detention under Part XXIV,

(a) direct, by order in writing, a new trial or, in the case of a person under sentence of preventive detention, a new hearing, before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial or hearing, as the case may be, should be directed;

(b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention, as the case may be; or

(c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question on which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly.

(This provision has been repealed: S.C. 2002, c. 13, s. 70.)

## V. Issues

These appeals deal with the Crown's duty to disclose evidence and the consequences of breach of that duty. We must first determine the extent of the applicable duty of disclosure and whether the Crown breached that duty in this case. The procedure to be followed on appeal for assessing fresh evidence introduced as a result of the Crown's breach of its duty of disclosure must then be specified. This part of the analysis will call for an examination of the principles laid down by this Court in *Dixon*, *supra*, and the prerequisites for those principles to apply.

If the appellants' constitutional rights have been infringed, the final step will be to determine the nature of the appropriate and just remedy for each of the appellants. After examining the seriousness of the infringement and the circumstances that are common to these two appeals, as well as the aspects that are unique to each of them, we will have to decide, *inter alia*, whether it is necessary for a new trial to be held or whether the appropriate remedy would be a stay of proceedings.

suite de procédures sur un acte d'accusation ou qui a été condamnée à la détention préventive en vertu de la partie XXIV, le ministre de la Justice peut :

a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès ou, dans le cas d'une personne condamnée à la détention préventive, une nouvelle audition devant tout tribunal qu'il juge approprié si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition, selon le cas, devrait être prescrit;

b) à tout moment, renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, selon le cas;

c) à tout moment, renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire son assistance, et la cour d'appel donne son opinion en conséquence.

(Cette disposition est maintenant abrogée, L.C. 2002, ch. 13, art. 70.)

## V. Questions en litige

Les présents pourvois portent sur l'obligation de divulgation de la preuve incombant au ministère public et sur les conséquences d'une violation de cette obligation. Il faudra tout d'abord définir l'étendue de l'obligation de divulgation applicable et déterminer si le ministère public a violé cette obligation en l'espèce. Il importera ensuite de préciser la démarche à suivre en appel pour apprécier une nouvelle preuve introduite à la suite d'une violation par le ministère public de son obligation de divulgation. Cette partie de l'analyse exigera un examen des principes élaborés par notre Cour dans l'arrêt *Dixon*, précité, et des conditions de leur mise en œuvre.

Enfin, si les droits constitutionnels des appelants ont été violés, il faudra déterminer la nature de la réparation convenable et juste à l'égard de chacun des appelants. Après l'examen de la gravité de l'atteinte et des circonstances communes à ces deux pourvois ainsi que des aspects propres à chacun d'entre eux, on devra notamment décider si la tenue d'un nouveau procès s'impose ou encore si l'arrêt des procédures représenterait la réparation appropriée.

## VI. Analysis

### A. *The Infringement of the Appellants' Constitutional Rights*

#### (1) Compliance With the Crown's Duty to Disclose Evidence

59

After a period during which the rules governing the Crown's duty to disclose evidence were gradually developed by the provincial appeal courts in recent decades, those rules were clarified and consolidated by this Court in *Stinchcombe*. The rules may be summarized in a few statements. The Crown must disclose all relevant information to the accused, whether inculpatory or exculpatory, subject to the exercise of the Crown's discretion to refuse to disclose information that is privileged or plainly irrelevant. Relevance must be assessed in relation both to the charge itself and to the reasonably possible defences. The relevant information must be disclosed whether or not the Crown intends to introduce it in evidence, before election or plea (p. 343). Moreover, all statements obtained from persons who have provided relevant information to the authorities should be produced notwithstanding that they are not proposed as Crown witnesses (p. 345). This Court has also defined the concept of "relevance" broadly, in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 467:

One measure of the relevance of information in the Crown's hands is its usefulness to the defence: if it is of some use, it is relevant and should be disclosed — *Stinchcombe*, *supra*, at p. 345. This requires a determination by the reviewing judge that production of the information can reasonably be used by the accused either in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise in making a decision which may affect the conduct of the defence such as, for example, whether to call evidence.

60

As the courts have defined it, the concept of relevance favours the disclosure of evidence. Little information will be exempt from the duty that is imposed on the prosecution to disclose evidence.

## VI. Analyse

### A. *La violation des droits constitutionnels des appelants*

#### (1) L'exécution de l'obligation de divulgation de la preuve par le ministère public

Les règles encadrant l'obligation de divulgation de la preuve incombant au ministère public, après une période de développement graduel par les cours d'appel provinciales dans les dernières décennies, ont été précisées et consolidées par notre Cour dans l'arrêt *Stinchcombe*. Ces règles se résument en quelques propositions. Le ministère public doit divulguer à l'accusé tous les renseignements pertinents, qu'ils soient inculpatatoires ou disculpatoires, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public de refuser de divulguer des renseignements privilégiés ou encore manifestement non pertinents. La pertinence s'apprécie tant à l'égard de l'accusation elle-même que des défenses raisonnablement possibles. Les renseignements pertinents doivent être divulgués, que le ministère public ait ou non l'intention de les produire en preuve et ce, avant que l'accusé n'ait été appelé à choisir son mode de procès ou à présenter son plaidoyer (p. 343). En outre, toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge (p. 345). Notre Cour a d'ailleurs défini largement la notion de pertinence dans l'arrêt *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, p. 467 :

Une façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est de déterminer son utilité pour la défense : s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué — *Stinchcombe*, précité, à la p. 345. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve.

Tel que défini par la jurisprudence, ce concept de pertinence favorise la divulgation de preuve. Peu de renseignements seront soustraits à l'obligation de communication de la preuve imposée à

As this Court said in *Dixon, supra*, “the threshold requirement for disclosure is set quite low. . . . The Crown’s duty to disclose is therefore triggered whenever there is a reasonable possibility of the information being useful to the accused in making full answer and defence” (para. 21; see also *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at paras. 26-27). “While the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant” (*Stinchcombe, supra*, at p. 339).

This right is a constitutional one. It is protected by s. 7 of the *Charter*, and helps to guarantee the accused’s ability to exercise the right to make full answer and defence (see *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 37; *Dixon, supra*, at para. 22). As Cory J., speaking for this Court, wrote in *Dixon*, at para. 22:

. . . where an accused demonstrates a reasonable possibility that the undisclosed information could have been used in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise making a decision which could have affected the conduct of the defence, he has also established the impairment of his *Charter* right to disclosure. [Emphasis in original.]

In this case, as the respondent agrees, the information not disclosed by the police or by the Crown attorney responsible for the conduct of the prosecutions met the threshold requirement stated in *Stinchcombe*. I shall discuss the content and potential usefulness of the undisclosed evidence in detail when I consider whether the appellants’ right to make full answer and defence was infringed. For the moment, suffice it to say that the prior statements of certain witnesses could have been used to impeach the credibility of their testimony at trial. Some undisclosed statements could have been used to cast doubt on the credibility of the Crown’s theory concerning the events that occurred during the night of the murder. In addition, they might have supported the alibi defence presented by the appellants. The timely disclosure of certain evidence would also have made it possible to discover and explore new avenues of investigation. Accordingly, under the

la poursuite. Comme l’affirmait notre Cour dans l’arrêt *Dixon*, précité, « le critère préliminaire fixé pour la divulgation [de la preuve] est fort peu élevé. [ . . . ] L’obligation de divulguer du ministère public est donc déclenchée chaque fois qu’il y a une possibilité raisonnable que le renseignement soit utile à l’accusé pour présenter une défense pleine et entière » (par. 21; voir également *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 26-27). « Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n’est toutefois pas tenu de produire ce qui n’a manifestement aucune pertinence » (*Stinchcombe*, précité, p. 339).

Ce droit a un caractère constitutionnel. Protégé par l’art. 7 de la *Charte*, il contribue à assurer l’exercice du droit de l’accusé à une défense pleine et entière; voir *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 37; *Dixon*, précité, par. 22. Tel que l’écrivait le juge Cory, au nom de notre Cour, dans ce dernier arrêt, au par. 22 :

. . . lorsqu’un accusé démontre l’existence d’une possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués auraient été utilisés pour réfuter la preuve du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou, par ailleurs, pour prendre une décision qui aurait pu avoir une incidence sur la façon de présenter la défense, il se trouve également à établir l’existence d’une atteinte au droit à la divulgation que lui garantit la *Charte*. [Souligné dans l’original.]

En l’espèce, tel qu’en convient l’intimée, les renseignements non divulgués par la police ou par le substitut du procureur général responsable de la conduite des poursuites remplissent le critère préliminaire de *Stinchcombe*. Je discuterai en détail du contenu et de l’utilité potentielle de la preuve non divulguée lorsque j’évaluerai si le droit des appelants à une défense pleine et entière a été violé. Il suffit pour l’instant de préciser que les déclarations antérieures de certains témoins auraient pu servir à miner la crédibilité de leur témoignage au procès. Certaines déclarations non divulguées auraient pu être utilisées afin de mettre en doute la crédibilité de la thèse du ministère public quant au déroulement des événements survenus durant la nuit du meurtre. En outre, elles auraient été susceptibles d’appuyer la défense d’alibi présentée par les appelants. Enfin, la divulgation opportune de certains éléments de preuve aurait permis la découverte et l’exploration

current rules governing the disclosure of evidence, the information that makes up the fresh evidence should have been disclosed to the appellants.

63

In the respondent's submission, however, we must then identify the principles that govern the Crown's duty to disclose and are applicable to these cases, having regard to the fact that the jury's verdict was rendered on February 1, 1991, that is, several months before this Court handed down its decision in *Stinchcombe*. The Crown contends that we cannot rely on the principles stated in that decision to conclude that the duty of disclosure was breached in this case, because of the uncertainty in the law relating to the disclosure of evidence prior to that decision. In the Crown's submission, it retained a complete discretion, at that time, as to whether or not to disclose its evidence. At the very least, the fact that there was no authoritative judgment of the Supreme Court should influence the assessment of the gravity of the breach of the accused's constitutional rights as well as the determination of the nature of the appropriate remedy.

64

In my view, the respondent is wrong. Notwithstanding the fact that there may have been disagreements during the development of the law relating to the Crown's duty to disclose before the decision in *Stinchcombe*, a number of appeal courts had acknowledged that the Crown did have a duty to disclose all relevant evidence to the defence, whether favourable to the accused or not. That duty, which was indeed reinvigorated by the adoption of the *Charter*, had already been recognized at common law as a component of the accused's right to a fair trial and to make full answer and defence.

65

In particular, in *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763, which was decided a few months before *Stinchcombe*, this Court had defined the parameters of the duty to disclose evidence that the Crown was under at common law. McLachlin J. (as she then was), writing for the Court, had observed that the Crown's common law duty to disclose to the defence "all material evidence whether favourable to the accused or not" had repeatedly been

de nouvelles pistes d'enquête. En conséquence, selon les règles actuelles encadrant l'obligation de divulgation de la preuve, les renseignements composant la nouvelle preuve auraient dû être divulgués aux appelants.

Cependant, selon l'intimée, il faut alors identifier les principes encadrant l'obligation de divulgation du ministère public et applicables aux présents dossiers, compte tenu que le verdict du jury a été rendu le 1<sup>er</sup> février 1991, c'est-à-dire quelques mois avant que notre Cour ne prononce son arrêt dans *Stinchcombe*. Le ministère public prétend qu'on ne peut se fonder sur les principes affirmés dans cet arrêt afin de conclure à une violation de l'obligation de divulguer en l'espèce, en raison du caractère incertain du droit relatif à la divulgation de la preuve antérieurement à cet arrêt. Selon le ministère public, il bénéficiait alors d'un pouvoir totalement discrétionnaire de divulguer ou non ses éléments de preuve. À tout le moins, l'absence d'un jugement de principe de la Cour suprême devrait influencer l'évaluation de la gravité de la violation des droits constitutionnels des prévenus ainsi que la détermination de la nature de la réparation appropriée.

J'estime que l'intimée a tort. Malgré les controverses qui ont pu marquer l'évolution du droit relatif à l'obligation de divulgation du ministère public avant l'arrêt *Stinchcombe*, plusieurs cours d'appel avaient admis l'existence de l'obligation du ministère public de divulguer à la défense toute preuve pertinente, que celle-ci soit ou non favorable à l'accusé. Cette obligation, qui a certes connu une nouvelle vigueur avec l'adoption de la *Charte*, était déjà reconnue en common law en tant que composante du droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière.

Notamment, dans l'arrêt *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, rendu quelques mois avant l'arrêt *Stinchcombe*, notre Cour avait précisé les paramètres de l'obligation de communication de la preuve incombant au ministère public en vertu de la common law. La juge McLachlin (maintenant Juge en chef), écrivant pour la Cour, avait souligné que l'obligation en common law incombant au ministère public de divulguer à la défense « tous

recognized by this Court (p. 774). In support of her opinion, she cited *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, and *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786. She had stressed the potential importance of a breach of that duty to the overall fairness of a criminal trial (at pp. 774-75):

It is not necessary on the facts of this case to establish the exact ambit of the Crown's duty of disclosure. It is sufficient to note that failure to disclose may constitute grounds for appeal where it results in an unfair trial. As Spence J. observed in his reasons in *Caccamo* (dissenting on another ground, Laskin C.J. concurring), courts must not hesitate to interfere where conduct of the Crown suggests there was unfairness at trial, at p. 796:

In my view, it is the duty of the court to be vigilant to assure itself that the appellant has had a fair trial and if the regrettable conduct of the prosecution, using that term to cover both the police and Crown counsel, ever results in unfairness then the court should act with decisiveness to reverse such unfairness.

In my view, the failure of the Crown in this case to disclose either the statement or the existence of the potential witness created such prejudice against the appellant that it cannot be said with certainty that he received a fair trial.

The existence and importance of the duty to disclose had also been recognized by a number of appeal courts, including the Quebec Court of Appeal. For example, in *Taillefer v. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023, the accused alleged that the Crown had not disclosed its intention to introduce the incriminating statements he had made to the police within a reasonable time, thereby depriving him of the right to make full answer and defence. After reviewing the law applicable to the disclosure of evidence, I had summarized the law as it then stood, as follows (at p. 2032):

[TRANSLATION] The decisions cited *supra* are part of a line of cases which establishes that, at present, the Crown has a duty to disclose the statements by the accused, as evidence whether favourable or unfavourable to the

les éléments de preuve substantielle, favorables ou non à l'accusé », avait été reconnue à maintes reprises par notre Cour (p. 774). Elle citait à l'appui de son opinion les arrêts *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, et *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786. Elle avait signalé l'importance potentielle d'une violation de cette obligation sur l'équité globale du procès criminel (aux p. 774-775) :

Vu les faits de la présente espèce, il n'est pas nécessaire d'établir la portée exacte de l'obligation de divulgation du ministère public. Il suffit de signaler que l'omission de divulguer peut constituer un moyen d'appel lorsqu'il en résulte un procès inéquitable. Comme le juge Spence (dissident pour un autre motif, avec l'appui du juge en chef Laskin) le fait observer dans ses motifs de l'arrêt *Caccamo*, les tribunaux ne doivent pas hésiter à intervenir lorsque la conduite du ministère public permet de penser que le procès n'a pas été équitable, à la p. 796 :

À mon avis, il incombe aux tribunaux d'être vigilants afin de s'assurer que l'appellant a subi un procès équitable et si jamais le comportement de la poursuite, c'est-à-dire de la police et du procureur du ministère public, causait une injustice, alors les tribunaux devraient réagir avec fermeté afin de corriger cette injustice.

À mon avis, l'omission du ministère public en l'espèce de révéler tant la déclaration que l'existence d'un témoin potentiel a causé à l'appellant un tel préjudice qu'on ne peut pas dire avec certitude qu'il a eu un procès équitable.

L'existence et l'importance de cette obligation de divulgation avaient été également reconnues par plusieurs cours d'appel, dont la Cour d'appel du Québec. Par exemple, dans l'affaire *Taillefer c. La Reine*, [1989] R.J.Q. 2023, l'accusé reprochait au ministère public de ne pas lui avoir communiqué dans un délai raisonnable son intention de déposer en preuve des déclarations incriminantes qu'il aurait faites aux policiers, le privant ainsi du droit à une défense pleine et entière. Après avoir procédé à une revue du droit applicable à la communication de la preuve, j'avais résumé ainsi l'état du droit alors en vigueur (à la p. 2032) :

Le courant jurisprudentiel qu'expriment les arrêts précités établit, à l'heure actuelle, l'obligation de la Couronne de communiquer en temps utile les déclarations de l'accusé, comme les éléments de preuve



accused, in a timely manner. It also concludes that there is a judicial power to order disclosure of such evidence, if it is requested sincerely, for the purpose of preparing a defence, and appears to be useful for that purpose.

See also *R. v. Savion* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276 (Ont. C.A.); *Re Cunliffe and Law Society of British Columbia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 280 (B.C.C.A.); *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395 (Ont. C.A.); *R. v. Bourget* (1987), 35 C.C.C. (3d) 371 (Sask. C.A.).

67

In fact, the reasons of Biron J.A. in the appellant Duguay's case recognize that the duty to disclose had emerged before the decision in *Stinchcombe* (at para. 38):

[TRANSLATION] Prior to *Stinchcombe*, the law that applied to the Crown's duty to disclose was not devoid of uncertainty. Although that decision was rendered after the verdict in this case, we must nonetheless accept that the duty to disclose was pre-existing and was triggered whenever there was a reasonable possibility of the information being useful to the accused in making full answer and defence.

68

In addition, the prosecution's duty to disclose to the defence all relevant evidence arises naturally from the Crown attorney's role as an officer of the court in our criminal justice system. Rand J. described that role as follows in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at pp. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

favorables ou non à l'accusé. Il conclut aussi à l'existence d'un pouvoir judiciaire d'ordonner la communication de ces éléments de preuve, s'ils sont recherchés sincèrement, dans le but de présenter une défense, et paraissent utiles à celle-ci.

Voir également *R. c. Savion* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276 (C.A. Ont.); *Re Cunliffe and Law Society of British Columbia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 280 (C.A.C.-B.); *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395 (C.A. Ont.); *R. c. Bourget* (1987), 35 C.C.C. (3d) 371 (C.A. Sask.).

D'ailleurs, l'opinion du juge Biron, dans le dossier de l'appelant Duguay, reconnaissait que l'obligation de divulgation était apparue avant l'arrêt *Stinchcombe* (au par. 38) :

Jusqu'à *Stinchcombe*, le droit applicable à l'obligation de divulguer du ministère public n'était pas exempt d'incertitude. Même si cet arrêt a été rendu après le verdict dans la présente affaire, il faut néanmoins tenir que l'obligation de divulguer était préexistante et qu'elle est déclenchée chaque fois qu'il y a une possibilité raisonnable que le renseignement soit utile à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière.

En outre, l'obligation imposée à la poursuite de communiquer à la défense tout élément de preuve pertinent découle naturellement du rôle d'officier de justice que joue le substitut du procureur général dans notre système de justice criminelle. Le juge Rand a décrit ce rôle dans l'arrêt *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, en ces termes, aux p. 23-24 :

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que le ministère public considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les procureurs sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquiesce d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquiescer de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

The connection between the duty to disclose and the duties inherent in the functions of the Crown was stressed more recently by L'Heureux-Dubé J., writing for the majority, in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 101:

Though the obligation on the Crown to disclose has found renewed vigour since the advent of the *Charter*, in particular s. 7, this obligation is not contingent upon there first being established any violation of the *Charter*. Rather, full and fair disclosure is a fundamental aspect of the Crown's duty to serve the Court as a faithful public agent, entrusted not with winning or losing trials but rather with seeing that justice is served: *Stinchcombe*, *supra*, at p. 333.

The Crown cannot rely on uncertainties in the law relating to the disclosure of evidence to justify the failure to disclose for which it is the focus of criticism in this case. A review of the case law confirmed that the duty already existed prior to *Stinchcombe*. Having regard to the substantial amount of evidence that was not disclosed, and to the extremely relevant nature of that evidence, of which the prosecution could not have been unaware, it must be acknowledged that the appellants were the victims of a serious infringement of their right to disclosure of evidence. We must now examine the impact of that infringement on the exercise of the appellants' constitutional right to make full answer and defence.

(2) The Infringement of the Right to Make Full Answer and Defence

As this Court said in *Dixon*, the right to disclosure is just one of the components of the right to make full answer and defence. Infringement of that right is not always an infringement of the right to make full answer and defence. There are situations in which the information not disclosed will meet the minimum test set out in *Stinchcombe* while having only marginal value to the issues at trial (*Dixon*, *supra*, at paras. 23-30). To determine whether there is an infringement of the right to make full answer and defence, the accused will have to show that there was a reasonable possibility that the failure to disclose affected the outcome at trial or the overall

69  
Ce rattachement de l'obligation de divulgation aux devoirs inhérents aux fonctions du ministère public a été souligné plus récemment par la juge L'Heureux-Dubé, écrivant au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 101 :

Bien que l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public ait connu un regain de vigueur depuis l'adoption de la *Charte*, en particulier l'art. 7, cette obligation n'est pas subordonnée à la preuve préalable de l'existence d'une violation de la *Charte*. La divulgation intégrale et équitable des détails de la preuve est plutôt un aspect fondamental de l'obligation du ministère public d'être au service du tribunal en tant qu'officier public de bonne foi, dont le rôle exclut toute notion de gagner ou de perdre un procès, et consiste plutôt à s'assurer que justice soit rendue : *Stinchcombe*, précité, à la p. 333.

70  
Le ministère public ne peut s'appuyer sur les incertitudes du droit relatif à la divulgation de la preuve afin de justifier l'omission de divulguer, qui lui est reprochée en l'espèce. L'examen de la jurisprudence confirmait que cette obligation existait déjà avant *Stinchcombe*. Compte tenu du nombre substantiel d'éléments de preuve non divulgués ainsi que de leur caractère hautement pertinent, que la poursuite ne pouvait ignorer, on doit reconnaître que les appelants ont été victimes d'une violation grave de leur droit à la divulgation de la preuve. Il faut maintenant examiner la portée de cette violation sur l'exercice du droit constitutionnel des appelants à une défense pleine et entière.

(2) La violation du droit à une défense pleine et entière

71  
Tel que notre Cour l'a précisé dans l'arrêt *Dixon*, le droit à la divulgation ne représente que l'une des composantes du droit à une défense pleine et entière. Sa violation ne constitue pas toujours une atteinte au droit à une défense pleine et entière. En effet, il arrive que des renseignements non divulgués satisfassent au critère minimal établi dans l'arrêt *Stinchcombe* tout en ne revêtant qu'une importance secondaire par rapport aux questions en litige (*Dixon*, précité, par. 23-30). Afin d'établir l'existence d'une atteinte à une défense pleine et entière, l'accusé devra démontrer qu'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation ait influé sur

fairness of the trial process (*Dixon, supra*, at para. 34).

72

I will first define the legal framework for determining whether there has been an infringement of the right to make full answer and defence, in the context of an infringement of the right to disclosure of evidence. Having regard to the applicable principles, I will then identify the errors made by the Court of Appeal in assessing the fresh evidence filed in the appellants' cases.

(a) *Applicable Principles for Determining Whether There Has Been an Infringement of the Right to Make Full Answer and Defence*

73

I believe that it is worthwhile, first, to dispose of a disagreement between the parties concerning the burden that rests on an accused who intends to establish that his or her right to make full answer and defence has been infringed in the context of a breach of the duty to disclose evidence. More specifically, the parties disagree on whether the test laid down by this Court in *Palmer*, for determining the admissibility of fresh evidence on appeal, applies where the Crown has breached its duty of disclosure, or whether the rules that apply in that situation were in fact exhaustively stated in *Dixon*.

74

In *Palmer*, this Court had to decide whether a decision of the British Columbia Court of Appeal, which denied leave to introduce fresh evidence that was unknown to the parties at the time of the trial, was correct. The Crown's duty to disclose was not in issue at all. On that occasion, this Court laid down four principles governing the admissibility of fresh evidence on appeal (at p. 775):

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen* [[1964] S.C.R. 484].
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

l'issue ou sur l'équité globale du procès (*Dixon, précité*, par. 34).

Je définirai tout d'abord le cadre juridique de la détermination de l'existence d'une violation du droit à une défense pleine et entière, dans le contexte d'une violation du droit à la divulgation de la preuve. À la lumière des principes applicables, j'identifierai ensuite les erreurs commises par la Cour d'appel dans l'appréciation de la nouvelle preuve produite dans les dossiers des appelants.

a) *Les principes applicables afin de déterminer l'existence d'une violation du droit à une défense pleine et entière*

J'estime utile de régler au préalable une mésentente opposant les parties quant au fardeau incombant à l'accusé qui entend démontrer une violation de son droit à une défense pleine et entière dans le contexte d'une violation de l'obligation de divulguer la preuve. Plus spécifiquement, les parties s'opposent sur la question de savoir si les critères élaborés par notre Cour dans l'arrêt *Palmer*, afin de déterminer l'admissibilité d'une nouvelle preuve en appel, s'appliquent lorsque le ministère public a violé son obligation de divulgation, ou si les règles applicables dans une telle situation n'ont pas plutôt été exhaustivement définies par l'arrêt *Dixon*.

Dans l'arrêt *Palmer*, notre Cour examinait le bien-fondé d'une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui refusait d'autoriser la production d'un nouvel élément de preuve demeuré inconnu des parties lors du procès en première instance. L'obligation de divulgation du ministère public n'était nullement en cause. Notre Cour a énoncé à cette occasion quatre principes gouvernant la recevabilité d'une nouvelle preuve en appel (à la p. 775) :

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles : voir *McMartin c. La Reine* [[1964] R.C.S. 484].
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.

- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [Emphasis added.]

There followed the judgments of several appeal courts concluding that the test set out in *Palmer* does not apply to the admission of fresh evidence in the context of a breach by the Crown of its duty to disclose. As Donald J.A. of the British Columbia Court of Appeal stated in *R. v. Creamer* (1995), 97 C.C.C. (3d) 108, at paras. 23 and 25, there is a fundamental difference between the two types of situations:

For fresh evidence to be admitted under *Palmer*, *supra*, it must “be expected to have affected the result”; while evidence withheld by the Crown which “might have affected the outcome” is sufficient to require a new trial. In my view, the difference is significant. It reflects the difficulty in ascertaining with any precision how the trial would have gone if the defence had the relevant information.

I think that the *Palmer* test must be modified when the fresh evidence sought to be entered on an appeal relates to non-disclosure of relevant information. The test to be applied should be whether the right to a fair trial may have been affected.

(See also *R. v. McQuaid (Dixon Appeal)*, [1997] N.S.J. No. 20 (QL) (C.A.), at para. 22; *R. v. Jarema* (1996), 43 Alta. L.R. (3d) 345 (C.A.), at para. 24; *R. v. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64 (Ont. C.A.), at pp. 79-80; *contra*: *R. v. Pottie* (1996), 150 N.S.R. (2d) 56 (C.A.), at paras. 47-48.)

This line of cases holds that the test laid down in *Palmer* does not apply when the validity of the trial itself is in issue. That opinion may be seen in the reasons of Rothman J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Comtois-Barbeau v. La Reine*, [1996] R.J.Q. 1127, at p. 1133:

While acknowledging that the discretion granted to the Court of Appeal under section 683(1)(d) is broad,

- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [Je souligne.]

Des jugements de plusieurs cours d'appel ont conclu par la suite que les critères énoncés dans l'arrêt *Palmer* ne s'appliquent pas à l'admission d'une nouvelle preuve dans le contexte de la violation par le ministère public de son obligation de divulgation. Tel que l'a affirmé le juge Donald de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Creamer* (1995), 97 C.C.C. (3d) 108, par. 23 et 25, une distinction fondamentale existe entre les deux types de situations :

[TRADUCTION] Une nouvelle preuve ne sera admise selon le critère de *Palmer*, précité, que si l'on peut « raisonnablement penser qu'elle aurait influé sur le résultat », alors qu'une preuve non divulguée par le ministère public qui aurait pu influencer sur le résultat sera suffisante pour obliger la tenue d'un nouveau procès. À mon sens, la différence est importante. Elle reflète la difficulté de déterminer avec quelque certitude quel aurait été le résultat si la défense avait disposé de la preuve pertinente.

Je pense que le critère de *Palmer* doit être modifié dans les cas où la nouvelle preuve qu'on veut faire admettre en appel concerne la non-divulgation de renseignements pertinents. Le critère à appliquer devrait consister à examiner si le droit à un procès équitable a pu être violé.

(Voir également *R. c. McQuaid (Dixon Appeal)*, [1997] N.S.J. No. 20 (QL) (C.A.), par. 22; *R. c. Jarema* (1996), 43 Alta. L.R. (3d) 345 (C.A.), par. 24; *R. c. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64 (C.A. Ont.), p. 79-80; *contra* : *R. c. Pottie* (1996), 150 N.S.R. (2d) 56 (C.A.), par. 47-48.)

Selon ce courant jurisprudentiel, les critères de l'arrêt *Palmer* ne s'appliquent pas lorsque la validité même du procès est en cause. Cette opinion se retrouve dans l'opinion du juge Rothman de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Comtois-Barbeau c. La Reine*, [1996] R.J.Q. 1127, p. 1133 :

[TRADUCTION] Tout en reconnaissant que le pouvoir d'appréciation attribué à la Cour d'appel par l'al.

the crown contends that the new evidence tendered in this case should not be received because it does not meet the criteria set out by the Supreme Court of Canada in *Palmer c. R.*

But, with respect, the criteria required in *Palmer* for the admission of new evidence on appeal relate to new evidence that is tendered to establish a factual or legal determination made at trial. These criteria do not apply where the purpose of the new evidence is to challenge the very validity of the trial process. The new evidence that appellant seeks to have admitted in this appeal is not evidence that relates to an issue decided at trial. It is new evidence required to establish a ground of appeal which puts in question the trial process itself.

(See also *R. v. W. (W.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at pp. 232-33.)

77

In my opinion, those decisions correctly state the law in this area. The principles that apply to the admission of fresh evidence discovered after the Crown's breach of its duty to disclose were clearly established by this Court in *Dixon*. Those criteria are substantially different from those defined in *Palmer* and are not interchangeable. First, the fourth component of the *Palmer* test relates only to the impact of the fresh evidence on the result of the trial. The *Dixon* test is much more flexible, and requires not only that the impact of the fresh evidence on the result of the trial be assessed, but also that the impact of the failure to disclose on the overall fairness of the trial be assessed.

78

In addition, the burden on the party seeking to have fresh evidence admitted is more stringent under the *Palmer* test than under the *Dixon* test. In the latter case, this Court held that an accused seeking to have fresh evidence admitted by alleging a breach of his or her right to disclosure must demonstrate that there is a reasonable possibility the non-disclosure affected the outcome at trial or the overall fairness of the trial process (*Dixon, supra*, at para. 34). The mere existence of such a possibility constitutes an infringement of the right to make full answer and defence. In *Palmer*, this Court required, instead, that the new evidence "must be such that if believed it could reasonably, when taken with

683(1)d) a une portée étendue, le ministère public prétend que la nouvelle preuve offerte en l'espèce ne doit pas être reçue, parce qu'elle ne satisfait pas aux critères exposés par la Cour suprême du Canada dans *Palmer c. R.*

Mais, en toute déférence, les critères énoncés dans *Palmer* pour l'admission d'une nouvelle preuve en appel visent une nouvelle preuve offerte relativement à une question de fait ou de droit examinée au procès. Ces critères ne s'appliquent pas lorsque la nouvelle preuve est présentée pour attaquer la validité même du procès. La nouvelle preuve que l'appelant cherche à faire admettre dans le présent appel n'est pas une preuve qui concerne une question tranchée au procès. C'est une nouvelle preuve requise pour établir un moyen d'appel qui remet en cause le procès lui-même.

(Voir également *R. c. W. (W.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), p. 232-233.)

À mon avis, ces décisions expriment correctement l'état du droit en cette matière. Les principes applicables à l'admission d'une nouvelle preuve découverte à la suite de la violation par le ministère public de son obligation de divulgation ont clairement été établis par notre Cour dans l'arrêt *Dixon*. Ces critères diffèrent sensiblement de ceux qu'a définis l'arrêt *Palmer* et ne sont pas interchangeables. D'abord, le quatrième élément du test de l'arrêt *Palmer* ne s'intéresse qu'à l'impact de la nouvelle preuve sur le résultat du procès. Beaucoup plus souple, le test de l'arrêt *Dixon* exige non seulement l'évaluation de l'impact de la nouvelle preuve sur le résultat du procès, mais demande aussi d'évaluer l'impact de la non-divulgation sur l'équité globale du procès.

De plus, le fardeau qui incombe à la partie qui demande l'admission d'une nouvelle preuve est plus exigeant selon le test de l'arrêt *Palmer* que selon celui de l'arrêt *Dixon*. Dans ce dernier arrêt, notre Cour a affirmé que l'accusé qui demande l'admission d'une nouvelle preuve en alléguant une violation de son droit à la divulgation doit démontrer une possibilité raisonnable que la non-divulgation ait influé sur l'issue ou l'équité globale du procès (*Dixon, précité*, par. 34). La simple existence d'une telle possibilité constitue une atteinte au droit à une défense pleine et entière. Dans l'arrêt *Palmer*, notre Cour a plutôt exigé du requérant qu'il démontre que la nouvelle preuve était « telle que si l'on y ajoute

the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result” (*Palmer, supra*, p. 775 (emphasis added)). The English version of McIntyre J.’s reasons uses words that denote an even more exacting standard than the French version, which states that the fresh evidence “*doit être telle que si l’on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu’avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat*”. That test is more exacting than the mere reasonable possibility test: it assigns the applicant the burden of showing that the failure to disclose probably affected the result of the trial. Having regard to the difficulties involved in reconstituting a trial, this Court did not wish to impose such a high burden on an accused seeking to have fresh evidence admitted, where the accused was deprived of that evidence because of a breach by the Crown of its duty to disclose.

I would note that in *C. (M.H.)*, *supra*, which related to a breach by the Crown of its duty to disclose, this Court applied the *Palmer* test to rule on the admissibility of fresh evidence (p. 776). However, that decision was made before this Court had clarified the law on this point in *Dixon*. In my opinion, the principles set out in the latter decision applied from that time onward, and there was no need to look to the principles governing the admissibility of fresh evidence before a court of appeal in other contexts. The aim of the analysis of the legal situation is to determine the impact of the new evidence both on the verdict and on the conduct of the trial. Adopting this method reflects the concern that the overall fairness of the criminal proceedings against the accused be preserved.

In *Dixon*, at para. 36, this Court defined as follows the principles that apply to determining whether the right to make full answer and defence has been infringed, first with respect to the verdict, and then as regards the actual fairness of the trial:

First, in order to assess the reliability of the result, the undisclosed information must be examined to determine the impact it might have had on the decision to convict. Obviously this will be an easier task if the accused was

foi, on puisse raisonnablement penser qu’avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat » du procès. La version anglaise de l’opinion du juge McIntyre emploie un vocabulaire dénotant une exigence encore plus élevée, lorsqu’il affirme que la nouvelle preuve « *must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result* » (*Palmer, précité*, p. 775 (je souligne)). Ce dernier critère est plus strict que celui de la simple possibilité raisonnable. En effet, il impose au requérant le fardeau de démontrer que la non-divulgaration a probablement influé sur le résultat du procès. Compte tenu des difficultés liées à la reconstitution d’un procès, notre Cour n’a pas voulu imposer un fardeau aussi élevé à un accusé qui requiert l’admission de nouveaux éléments de preuve, dont il a été privé à cause d’une violation par le ministère public de son obligation de divulguer.

Je souligne que dans l’arrêt *C. (M.H.)*, précité, qui portait sur une violation par le ministère public de son obligation de divulguer, notre Cour a appliqué les critères de l’arrêt *Palmer* afin de statuer sur l’admissibilité des nouveaux éléments de preuve (p. 776). Cet arrêt a cependant été rendu avant que notre Cour ne clarifie l’état du droit en cette matière dans l’arrêt *Dixon*. À mon avis, les principes affirmés dans ce dernier arrêt s’appliquent dorénavant, sans qu’il soit nécessaire de recourir aux règles encadrant l’admissibilité d’un nouvel élément de preuve devant une cour d’appel dans d’autres contextes. L’analyse de la situation juridique vise à déterminer l’impact de cette nouvelle preuve tant sur le verdict que sur le déroulement du procès. L’adoption de cette méthode exprime ainsi le souci de préserver l’équité globale de la procédure pénale engagée contre l’accusé.

Dans l’arrêt *Dixon*, par. 36, notre Cour a défini de la manière suivante les principes applicables à la détermination des effets d’une violation du droit à une défense pleine et entière, d’abord quant au verdict, puis sur l’équité même du procès :

Premièrement, pour évaluer le bien-fondé du résultat, il faut examiner les renseignements non divulgués pour déterminer l’incidence qu’ils auraient pu avoir sur la décision de rendre un verdict de culpabilité.

tried before a judge alone, and reasons were given for the conviction. If at the first stage an appellate court is persuaded that there is a reasonable possibility that, on its face, the undisclosed information affects the reliability of the conviction, a new trial should be ordered. Even if the undisclosed information does not itself affect the reliability of the result at trial, the effect of the non-disclosure on the overall fairness of the trial process must be considered at the second stage of analysis. This will be done by assessing, on the basis of a reasonable possibility, the lines of inquiry with witnesses or the opportunities to garner additional evidence that could have been available to the defence if the relevant information had been disclosed. In short, the reasonable possibility that the undisclosed information impaired the right to make full answer and defence relates not only to the content of the information itself, but also to the realistic opportunities to explore possible uses of the undisclosed information for purposes of investigation and gathering evidence. [First and third emphasis added; second and fourth emphasis in original.]

81

*Dixon* thus sets out a two-step test. To assess the reliability of the result of the trial, “the undisclosed information must be examined to determine the impact it might have had on the decision to convict” (para. 36). As this Court held, the exercise is a difficult one when, as in this case, the verdict was rendered by a jury (paras. 31-36). The fact that jury deliberations are secret makes it impossible to identify the evidence that was the determining factor in the decision to find an accused guilty. Two comments are necessary on this point. First, the onus is on the accused to demonstrate that there is a reasonable possibility that the verdict might have been different but for the Crown’s failure to disclose all of the relevant evidence. The accused therefore does not have the heavy burden of demonstrating that it is probable or certain that the fresh evidence would have affected the verdict (*Jarema, supra*, at paras. 18 *et seq.*; *Stinchcombe, supra*, at p. 348). As this Court held in *Dixon*: “[i]mposing a test based on a reasonable possibility strikes a fair balance between an accused’s interest in a fair trial and the public’s interest in the efficient administration of justice. It recognizes the difficulty of reconstructing

Évidemment, la tâche sera plus facile si l’accusé a subi son procès devant un juge seul et si des motifs ont été exposés à l’appui de la déclaration de culpabilité. Si, à la première étape, une cour d’appel est convaincue qu’il y a une possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués influent, à première vue, sur le bien-fondé de la déclaration de culpabilité, un nouveau procès devrait être ordonné. Même si les renseignements non divulgués n’influent pas eux-mêmes sur le bien-fondé du résultat atteint au procès, l’incidence de la non-divulgarion sur l’équité globale du procès doit être prise en considération à la deuxième étape de l’analyse. On le fera en évaluant, sous l’angle d’une possibilité raisonnable, les questions qui auraient pu être posées aux témoins ou les possibilités de recueillir d’autres éléments de preuve que la défense aurait pu avoir si les renseignements pertinents avaient été divulgués. Bref, la possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués aient porté atteinte au droit à une défense pleine et entière a trait non seulement au contenu des renseignements eux-mêmes, mais encore aux possibilités réalistes d’examiner les utilisations possibles des renseignements non divulgués aux fins de l’enquête et de la cueillette d’éléments de preuve. [Premier et deuxième soulignements ajoutés; italique et troisième soulignement dans l’original.]

L’arrêt *Dixon* comporte donc un test en deux étapes. Afin d’évaluer le bien-fondé du résultat atteint au procès, « il faut examiner les renseignements non divulgués pour déterminer l’incidence qu’ils auraient pu avoir sur la décision de rendre un verdict de culpabilité » (par. 36). Tel que notre Cour l’a affirmé, cet exercice s’avère ardu lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, le verdict a été rendu par un jury (par. 31-36). En effet, le secret des délibérations des jurés rend impossible l’identification des éléments de preuve qui furent déterminants dans la décision de conclure à un verdict de culpabilité. Deux remarques s’imposent à cet égard. Premièrement, il incombe à l’accusé de démontrer qu’il existe une possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent n’eût été l’omission du ministère public de divulguer l’ensemble de la preuve pertinente. L’accusé n’assume donc pas le lourd fardeau de démontrer qu’il est probable ou certain que la nouvelle preuve aurait influé sur le verdict (*Jarema, précité*, par. 18 *et suiv.*; *Stinchcombe, précité*, p. 348). Tel que notre Cour l’a précisé dans l’arrêt *Dixon*, « [i]mposer un critère fondé sur une possibilité raisonnable

accurately the trial process, and avoids the undesirable effect of undermining the Crown's disclosure obligations" (para. 34).

Second, applying this test requires that the appellate court determine that there was a reasonable possibility that the jury, with the benefit of all of the relevant evidence, might have had a reasonable doubt as to the accused's guilt. The aim is therefore not to examine the undisclosed evidence, item by item, to assess its probative value; that is the role assigned to the trier of fact. Rather, an effort must be made to reconstruct the overall picture of the evidence that would have been presented to the jury had it not been for the Crown's failure to disclose the relevant evidence. Whether there is a reasonable possibility that the verdict might have been different must be determined having regard to the evidence in its entirety.

A negative answer at the first stage does not bring the analysis to a close. The appellate court must then inquire as to whether there is a reasonable possibility that the failure to disclose affected the overall fairness of the trial process. Prior to *Dixon*, the courts had been strongly inclined to analyze the infringement of the right to make full answer and defence solely through the prism of the reasonably possible impact of the fresh evidence on the result of the trial process (see, *inter alia*, *C. (M.H.)*, *supra*, at pp. 776-77; *R. v. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126 (Alta. C.A.), at p. 134; *R. v. Hamilton* (1994), 94 C.C.C. (3d) 12 (Sask. C.A.), at p. 34; *Jarema*, *supra*, at para. 24; *McQuaid (Dixon Appeal)*, *supra*, at paras. 98-99; *R. v. Santocono* (1996), 91 O.A.C. 26 (C.A.), at p. 32; *Stinchcombe*, *supra*, at p. 348). *Dixon*, however, clearly established that the determination of whether there exists a reasonable possibility that the fresh evidence would have an impact on the result of the trial process should be dealt with as a separate issue from the assessment of the effect of the failure to disclose on the overall fairness of the trial. It will not be enough to determine whether the right to make full answer and defence has been

permet d'établir un juste équilibre entre l'intérêt qu'a l'accusé à subir un procès équitable et l'intérêt qu'a le public dans l'administration efficace de la justice. On reconnaît ainsi la difficulté qu'il y a à reconstituer fidèlement le procès et on évite l'effet non souhaitable de miner les obligations de divulgation du ministère public » (par. 34).

Ensuite, l'application de ce test exige que la Cour d'appel détermine l'existence d'une possibilité raisonnable que le jury, bénéficiant de l'ensemble de la preuve pertinente, aurait eu un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Il ne s'agit donc pas d'évaluer un à un les éléments de preuve non divulgués afin d'évaluer leur valeur probante, ce qui est le rôle propre au juge des faits. Il faut plutôt tenter de reconstruire le tableau global de la preuve qui aurait été présentée au jury, n'eût été l'omission du ministère public de divulguer la preuve pertinente. L'existence d'une possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent doit être déterminée à la lumière de la preuve prise dans son ensemble.

Une réponse négative à la première étape ne met pas fin à l'analyse. La Cour d'appel doit alors se demander s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation ait affecté l'équité globale du procès. Jusqu'à l'arrêt *Dixon*, les tribunaux avaient manifesté une forte tendance à analyser l'atteinte au droit à une défense pleine et entière à travers le seul prisme de l'impact raisonnablement possible de la nouvelle preuve sur le résultat du procès (voir notamment *C. (M.H.)*, précité, p. 776-777; *R. c. Antinello* (1995), 97 C.C.C. (3d) 126 (C.A. Alb.), p. 134; *R. c. Hamilton* (1994), 94 C.C.C. (3d) 12 (C.A. Sask.), p. 34; *Jarema*, précité, par. 24; *McQuaid (Dixon Appeal)*, précité, par. 98-99; *R. c. Santocono* (1996), 91 O.A.C. 26 (C.A.), p. 32; *Stinchcombe*, précité, p. 348). L'arrêt *Dixon* a cependant clairement établi que l'évaluation de la possibilité raisonnable d'un impact de la nouvelle preuve sur le résultat du procès se distingue de l'appréciation de l'effet de la non-divulgation sur l'équité globale du procès. Il ne suffira pas d'apprécier la violation du droit à une défense pleine et entière uniquement en rapport avec la nature des nouveaux éléments de

82

83



infringed having regard solely to the nature of the fresh evidence. The potential usefulness of that evidence to the defence will also have to be considered.

84

The reasonable possibility of affecting the overall fairness of the trial “must be based on reasonably possible uses of the non-disclosed evidence or reasonably possible avenues of investigation that were closed to the accused as a result of the non-disclosure” (*Dixon, supra*, at para. 34 (emphasis in original)). Here again, the appellate court must not assess the possible uses of the fresh evidence based on an item-by-item analysis of the probative value of the evidence. It must ascertain whether the failure to disclose deprived the accused of certain evidential or investigative resources. That would be the case, for example, if the undisclosed statement of a witness could reasonably have been used to impeach the credibility of a prosecution witness. The conclusion would necessarily be the same if the prosecution fails to disclose to the defence that there is a witness who could have led to the timely discovery of other witnesses who were useful to the defence.

(b) *The Specific Case of Infringement of the Right to Make Full Answer and Defence Where the Accused Seeks to Withdraw His or Her Guilty Plea*

85

The appellant Duguay’s case presents an additional difficulty. It requires that this Court identify the test that applies when an accused seeks to withdraw his or her guilty plea on the ground of the discovery of fresh evidence that was not disclosed by the prosecution. In *Adgey, supra*, this Court held that an accused may change his plea if he is able to persuade the appellate court “that there are valid grounds for his being permitted to do so” (p. 431). This Court, however, did not think it appropriate to exhaustively define the grounds that could justify withdrawing a guilty plea. Nonetheless, in *R. v. T. (R.)* (1992), 10 O.R. (3d) 514, Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal reiterated the requirements that must be met in order for a guilty plea to be valid, as follows, pointing out that the plea must be voluntary and unequivocal, and based on sufficient

preuve. Il faudra, également, considérer l’utilité potentielle de ceux-ci pour la défense.

La possibilité raisonnable d’influence sur l’équité globale du procès « doit se fonder sur les utilisations raisonnablement possibles de la preuve non divulguée ou sur les moyens d’enquête raisonnablement possibles dont l’accusé a été privé à la suite de la non-divulgaration » (*Dixon, précité*, par. 34 (souligné dans l’original)). Encore une fois, la Cour d’appel ne doit pas évaluer les utilisations possibles des nouveaux éléments de preuve sur la base d’une analyse particularisée de la force probante de chacun d’eux. Elle doit vérifier si la non-divulgaration a privé l’accusé de certains moyens de preuve ou d’enquête. Ce serait le cas par exemple si la déclaration non divulguée d’un témoin aurait raisonnablement pu être utilisée afin d’affaiblir la crédibilité d’un témoin de la poursuite. Une même conclusion s’imposerait si la poursuite omet de divulguer à la défense l’existence d’un témoin qui aurait pu, en temps opportun, permettre la découverte d’autres témoins utiles à la défense.

b) *Le cas particulier de la violation du droit à une défense pleine et entière lorsque l’accusé demande le retrait de son plaidoyer de culpabilité*

Le dossier de l’appelant Duguay soulève une difficulté additionnelle. Il exige que notre Cour identifie le critère applicable lorsqu’un accusé demande le retrait de son plaidoyer de culpabilité au motif de la découverte de nouveaux éléments de preuve non divulgués par la poursuite. Dans l’arrêt *Adgey, précité*, notre Cour a décidé qu’un accusé pourra changer son plaidoyer s’il est en mesure de convaincre la Cour d’appel « qu’il existe des motifs valables pour lui permettre de le faire » (p. 431). Notre Cour n’a cependant pas estimé approprié de définir de façon exhaustive les motifs capables de justifier le retrait d’un plaidoyer de culpabilité. Toutefois, dans l’arrêt *R. c. T. (R.)* (1992), 10 O.R. (3d) 514, le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario a rappelé les conditions de validité d’un plaidoyer de culpabilité dans les termes suivants, en soulignant

information concerning the nature of the charges against the accused and the consequences for the accused of a guilty plea (at p. 519):

To constitute a valid guilty plea, the plea must be voluntary and unequivocal. The plea must also be informed, that is the accused must be aware of the nature of the allegations made against him, the effect of his plea, and the consequence of his plea.

(See also *Lyons, supra*, at p. 371.)

However, even if the requirements for validity are met, a guilty plea may be withdrawn in the event that the accused's constitutional rights were infringed. Those rights cannot be ignored in assessing the accused's legal situation. The purpose of the duty to disclose is, *inter alia*, to ensure that the decision concerning the accused is made with full knowledge of the relevant facts, this being also a prerequisite to the validity of the plea. In *Stinchcombe, supra*, at pp. 342-43, this Court in fact held that disclosure of evidence must take place before the accused is asked to elect a mode of trial or enter a plea:

... initial disclosure should occur before the accused is called upon to elect the mode of trial or to plead. These are crucial steps which the accused must take which affect his or her rights in a fundamental way. It will be of great assistance to the accused to know what are the strengths and weaknesses of the Crown's case before committing on these issues.

The question of the impact of the infringement of the accused's constitutional rights on the validity of a guilty plea was considered in *T. (R.), supra*. One of the charges levelled at the Crown was that it had breached its duty to disclose all of the relevant evidence prior to the guilty plea being entered. As Doherty J.A. observed at pp. 526-27, an infringement of an accused's constitutional rights may be so serious that it justifies withdrawing a guilty plea that is otherwise valid and appropriate in other respects:

qu'il doit être libre, non équivoque et fondé sur une information adéquate quant à la nature des accusations portées contre le prévenu et aux conséquences du plaidoyer de culpabilité pour celui-ci (à la p. 519) :

[TRADUCTION] Pour constituer un plaidoyer de culpabilité valide, le plaidoyer doit être volontaire et non équivoque. Il doit aussi être éclairé en ce sens que l'accusé doit connaître la nature des allégations faites contre lui, l'effet de son plaidoyer et les conséquences de celui-ci.

(Voir également *Lyons*, précité, p. 371.)

Cependant, malgré la réalisation de ces conditions de validité, un plaidoyer de culpabilité pourra être retiré dans le cas où les droits constitutionnels de l'accusé ont été violés. On ne saurait faire abstraction de ceux-ci dans l'appréciation de la situation juridique de l'accusé. En effet, l'obligation de divulgation, entre autres, vise à assurer que la décision relative au prévenu soit prise en toute connaissance de cause, ce qui constitue par ailleurs une condition de validité du plaidoyer. Dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, p. 342-343, notre Cour a d'ailleurs jugé que la divulgation de la preuve doit avoir lieu avant que l'accusé soit appelé à choisir son mode de procès ou à présenter son plaidoyer :

... la communication initiale de la preuve devrait avoir lieu avant que l'accusé ne soit appelé à choisir son mode de procès ou à présenter son plaidoyer. Ce sont des mesures cruciales que doit prendre l'accusé et qui influent de façon fondamentale sur ses droits. Il sera d'un grand secours à l'accusé de connaître les points forts et les points faibles de la preuve du ministère public avant d'en venir à une décision à cet égard.

La question de l'impact de la violation des droits constitutionnels de l'accusé sur la validité d'un plaidoyer de culpabilité a été étudiée dans la décision *T. (R.)*, précitée. L'un des griefs soulevés contre le ministère public consistait dans la violation de son obligation de divulguer toute la preuve pertinente préalablement à l'inscription du plaidoyer de culpabilité. Comme le juge Doherty l'a souligné aux pp. 526-527, une violation des droits constitutionnels de l'accusé peut présenter un tel caractère de gravité qu'elle justifie le retrait d'un plaidoyer de culpabilité, par ailleurs valide et approprié sous d'autres aspects :

*Was the appellant denied his constitutional rights during the proceedings?*

Even if a guilty plea is valid and the factual inquiry into the charge reveals no basis for refusing to enter a conviction, the proceedings may be so flawed as to result in a reversible error of law or a miscarriage of justice. For example, a denial of an accused's constitutional rights during the proceedings could require reversal even when the pleas and convictions were otherwise valid and appropriate.

88

A little later, Doherty J.A. observed that the breach of the duty to disclose can impact on the validity of a guilty plea, where it affects the accused's right to make full answer and defence or affects the basis of the accused's decision to admit guilt (at p. 529):

Assuming *Stinchcombe* required the disclosure argued for by the appellant, the non-disclosure could impact on the appellant's right to make full answer and defence if the material that was not disclosed could have had some effect on the appellant's decision to plead guilty, or if the undisclosed material undermined the validity of the pleas or the propriety of the convictions.

89

In *Jarema, supra*, the Alberta Court of Appeal had to examine precisely that question: the validity of a guilty plea in the context of the Crown's breach of its duty to disclose. The court stated the test applicable in such a situation involving the actual decision to plead guilty, when assessed within the entire context of the case, as follows (at para. 24):

The Crown in this case did fail to disclose some information which it ought to have disclosed. The Crown concedes this fact. The question is whether the accused has met the most favourable possible test for him. That is a *reasonable possibility* that this non-disclosure impaired his right to full answer and defence. From the perspective of an appellate court, this in turn requires an assessment of materiality, by asking whether there is a reasonable possibility that the outcome of the trial would have been different if the information had been disclosed. In the context of a guilty plea by the accused, this materiality question must be modified slightly: the Court must evaluate whether there is a reasonable possibility either that the accused's choice to plead guilty would have been

[TRANSDUCTION] *L'appellant s'est-il vu privé de ses droits constitutionnels au cours de la procédure?*

Même si le plaidoyer de culpabilité est valide et que l'enquête sur les faits étayant l'accusation ne révèle aucun motif justifiant le refus d'inscrire une déclaration de culpabilité, la procédure peut avoir été viciée au point d'entraîner une erreur judiciaire ou une erreur de droit donnant ouverture à révision. Par exemple, la négation des droits constitutionnels de l'accusé au cours de la procédure pourrait commander l'annulation même dans les cas où les plaidoyers et les déclarations de culpabilité seraient par ailleurs valides et appropriés.

Un peu plus loin, le juge Doherty a noté que la violation de l'obligation de divulgation peut mettre en jeu la validité du plaidoyer de culpabilité, lorsqu'elle affecte le droit du prévenu de présenter une défense pleine et entière ou le fondement de sa décision de reconnaître sa culpabilité (à la p. 529) :

[TRANSDUCTION] À supposer que *Stinchcombe* eût exigé la divulgation que réclame l'appellant, la non-divulgation pourrait avoir eu une incidence sur le droit de l'appellant à une défense pleine et entière si l'élément non divulgué aurait pu influencer la décision de l'appellant de plaider coupable, ou si l'élément non divulgué a porté atteinte à la validité des plaidoyers ou au bien-fondé des déclarations de culpabilité.

Dans l'affaire *Jarema*, précitée, la Cour d'appel de l'Alberta devait précisément étudier la question de la validité d'un plaidoyer de culpabilité dans le contexte d'une violation par le ministère public de son obligation de divulguer. Elle a ainsi formulé le test applicable dans une situation qui vise la décision même de présenter un plaidoyer de culpabilité, évaluée dans l'ensemble du contexte de l'affaire (au par. 24) :

[TRANSDUCTION] Le ministère public a omis en l'es-pèce de divulguer des renseignements qu'il aurait dû communiquer. Il le concède. La question est de savoir si l'accusé a satisfait au critère qui lui est le plus favorable. C'est-à-dire s'il existe une *possibilité raisonnable* que cette omission de divulguer ait porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière. La réponse à cette question exige, dans l'optique d'une cour d'appel, l'examen du caractère substantiel des renseignements, la cour devant déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le résultat du procès eût été différent si les renseignements avaient été divulgués. Dans le contexte d'un plaidoyer de culpabilité, il convient de reformuler légèrement la question concernant le caractère substantiel des

different, or that the undisclosed information undermines the validity of the guilty pleas: see *R. v. T. (R.)* (1992), 17 C.R. (4th) 247 at 262 (Ont. C.A.). [Emphasis in original.]

In my opinion, those decisions adopt an accurate statement of the *Dixon* test, adapted to the context of the impact of the breach of the duty to disclose on the validity of a guilty plea. In the context of a guilty plea, the two separate steps in the analysis required by *Dixon* must be merged, however. In that situation, it is impossible to separate them, because the entire analysis of the breach must bear on the accused's decision to enter the guilty plea that he or she now wishes to be allowed to withdraw. The accused must demonstrate that there is a reasonable possibility that the fresh evidence would have influenced his or her decision to plead guilty, if it had been available before the guilty plea was entered. However, the test is still objective in nature. The question is not whether the accused would actually have declined to plead guilty, but rather whether a reasonable and properly informed person, put in the same situation, would have run the risk of standing trial if he or she had had timely knowledge of the undisclosed evidence, when it is assessed together with all of the evidence already known. Thus the impact of the unknown evidence on the accused's decision to admit guilt must be assessed. If that analysis can lead to the conclusion that there was a realistic possibility that the accused would have run the risk of a trial, if he or she had been in possession of that information or those new avenues of investigation, leave must be given to withdraw the plea.

(3) The Errors Made by the Court of Appeal in Respect of the Infringement of the Right to Make Full Answer and Defence

The Court of Appeal made several important errors in applying the *Dixon* principles in the context of the appellants' appeals. A fundamental methodological error was made when it undertook to analyse the fresh evidence by breaking it down or addressing its individual parts, rather than analyzing

renseignements : la Cour doit vérifier s'il existe une possibilité raisonnable que, soit le choix de l'accusé de plaider coupable eût été différent, soit les renseignements non divulgués portent atteinte à la validité des plaidoyers de culpabilité : voir *R. c. T. (R.)* (1992), 17 C.R. (4th) 247, p. 262 (C.A. Ont.). [En italique dans l'original.]

À mon avis, ces décisions adoptent une formulation juste du test de l'arrêt *Dixon* adapté au contexte de l'incidence de la violation de l'obligation de divulguer sur la validité d'un plaidoyer de culpabilité. Dans le contexte d'un plaidoyer de culpabilité, les deux étapes distinctes de l'analyse prévue par l'arrêt *Dixon* doivent cependant se fondre. Il devient impossible de les distinguer puisque toute l'analyse de la violation doit se faire par rapport à la décision de l'accusé de présenter le plaidoyer de culpabilité qu'il veut maintenant être admis à retirer. L'accusé doit démontrer qu'il existe une possibilité raisonnable que la nouvelle preuve aurait influencé sa décision de plaider coupable, si elle avait été disponible avant le plaidoyer de culpabilité. Ce test conserve toutefois un caractère objectif. Il ne s'agit pas de se demander si l'accusé aurait effectivement refusé de plaider coupable, mais plutôt si une personne raisonnable et correctement informée, placée dans la même situation, aurait couru le risque de subir un procès si elle avait eu connaissance en temps opportun de la preuve non divulguée, évaluée avec l'ensemble de la preuve déjà connue. Il faut ainsi apprécier quelle aurait été la portée de la preuve inconnue sur la décision du prévenu d'admettre sa culpabilité. Si l'on peut conclure à la suite de cette analyse à l'existence d'une possibilité réaliste que le prévenu aurait couru le risque d'un procès s'il avait été en possession de ces renseignements ou de ces nouvelles pistes d'enquête, le retrait du plaidoyer doit être autorisé.

(3) Les erreurs de la Cour d'appel quant à l'atteinte au droit à une défense pleine et entière

La Cour d'appel a commis des erreurs importantes dans l'application des principes de l'arrêt *Dixon*, dans le contexte des pourvois des appelants. Une erreur méthodologique fondamentale est survenue lorsqu'elle a procédé à une analyse éclatée ou particularisée plutôt que globale de la nouvelle preuve

the fresh evidence as a whole in order to assess its impact on the process. Using this method prompted it to apply a more exacting test to the assessment of the impact of the fresh evidence than the “reasonable possibility” test. Second, there were further errors in its assessment of the impact of the failure to disclose on the overall fairness of the appellant Taillefer’s trial and on the appellant Duguay’s decision to plead guilty.

(a) *The Error Resulting from Analysing the Evidence in Its Individual Parts Rather Than as a Whole*

92

*Dixon* requires, in assessing the impact of the fresh evidence on the result or fairness of the trial process, that a general picture be constructed of the evidence as it would have been presented at trial, had it not been for the Crown’s breach of its duty to disclose. As I described earlier, the Court of Appeal instead analyzed the individual parts of the fresh evidence in order to determine whether each of them was credible and what their respective probative value was. That exercise, which is actually a function of the trier of fact, vitiated its entire analysis.

93

The *Dixon* test requires a determination of whether there is a reasonable possibility that the jury would have come to a different verdict if they had had knowledge of all of the relevant evidence. The analytical method followed by both Beauregard J.A. in the appellant Taillefer’s case and Biron J.A. in the appellant Duguay’s case does not achieve the underlying objective of the *Dixon* test: to assess the cumulative effect of the evidence in the jury’s mind. The Court of Appeal compared the new evidence, item by item, to the evidence introduced at trial, taking that latter evidence as a given, and asking in each instance whether the evidence in question confirmed or disproved the evidence presented at trial. In so doing, it was not engaging in the real exercise of reconstructing the trial, as recommended by this Court in *Dixon*. On this point, it is worth citing the comments made by the Alberta Court of Appeal in *Jarema*, at para. 33, which stress the need for the cumulative effects of the undisclosed evidence to be assessed:

afin d’évaluer son impact sur le procès. Le recours à cette méthode l’a amenée à appliquer à l’évaluation de l’impact de la nouvelle preuve un critère plus exigeant que celui des « possibilité[s] raisonnable[s] ». Ensuite, d’autres erreurs ont marqué son évaluation de l’impact de la non-divulgation sur l’équité globale du procès de l’appelant Taillefer ainsi que sur la décision de l’appelant Duguay de présenter un plaidoyer de culpabilité.

a) *L’erreur résultant d’une analyse éclatée plutôt que globale de la preuve*

L’arrêt *Dixon* exige que, pour évaluer l’impact de la nouvelle preuve sur le résultat ou l’équité du procès, l’on dresse un tableau général de la preuve telle qu’elle aurait été présentée au procès, n’eût été la violation par le ministère public de son obligation de divulguer. Comme je l’expose plus haut, la Cour d’appel a plutôt effectué une analyse particularisée de chacun des éléments de la nouvelle preuve afin de déterminer leur crédibilité et leur valeur probante respective. Cet exercice, qui relève plutôt du juge des faits, a vicié l’ensemble de son analyse.

Le test de l’arrêt *Dixon* demande que l’on détermine s’il existe une possibilité raisonnable que le jury en serait arrivé à un verdict différent s’il avait eu connaissance de l’ensemble de la preuve pertinente. La méthode d’analyse utilisée tant par le juge Beauregard dans le dossier de l’appelant Taillefer que par le juge Biron dans celui de l’appelant Duguay ne permet pas de réaliser l’objectif sous-jacent au test de l’arrêt *Dixon*, soit d’évaluer l’effet cumulatif de la preuve dans l’esprit d’un jury. La Cour d’appel a confronté un à un les éléments de la nouvelle preuve avec la preuve produite lors du procès, tenant cette dernière pour avérée, en se demandant dans chaque cas si l’élément de preuve infirmait ou confirmait la preuve présentée lors du procès. Ce faisant, elle n’a pas effectué l’exercice véritable de reconstruction du procès que recommande notre Cour dans l’arrêt *Dixon*. À cet égard, les commentaires de la Cour d’appel de l’Alberta dans *Jarema*, par. 33, qui insistent sur la nécessité d’une évaluation de l’effet cumulatif des éléments de preuve non divulgués, méritent d’être cités :

Although none of the non-disclosed pieces of information appears to be sufficiently material to show that the accused's right to full answer and defence was prejudiced, the Court should consider whether there is a reasonable possibility that the cumulative effect of the non-disclosed items affected the appellant's decision to plead guilty.

I agree with the respondent that applying the *Dixon* test calls for the Court of Appeal to assess the substance of the fresh evidence: "reasonable possibility" must be based "on reasonably possible uses of the non-disclosed evidence or reasonably possible avenues of investigation that were closed to the accused as a result of the non-disclosure" (*Dixon, supra*, at para. 34 (emphasis in original)). However, flexibility must be employed in interpreting that test, and regard must be had for the difficulties inherent in reconstructing a trial, particularly where the trial was held before a jury.

In this case, in the event that the jury had not been deprived of the undisclosed evidence, the overall picture of the trial would have been very different. First, the credibility of certain prosecution witnesses could have been undermined using the witness statements whose existence was not disclosed to the defence. We could imagine that there might have been testimony from numerous drivers that would have contradicted the testimony given by Donald and Carl Saint-Pierre concerning the identity of the vehicle they saw on the night of the murder near the place where the victim's body was buried. Second, the jury would have been offered a theory different from the Crown's concerning the events that took place during the night of the murder. For example, the statements of Isabelle Brouillette and Guy Leblanc directly contradicted the prosecution theory that the victim had been near the home of Laurent Taillefer at about midnight on the night of the murder.

Moreover, by examining each part of the fresh evidence on its own and comparing those parts to the evidence produced at trial, the Court of Appeal applied a more exacting standard than "reasonable possibility". It seems, instead, to have tried to determine whether the fresh evidence would actually

[TRADUCTION] Bien qu'aucun des renseignements non divulgués ne semble être suffisamment substantiel pour établir que le droit de l'accusé à une défense pleine et entière a été violé, la Cour doit se demander s'il existe une possibilité raisonnable que l'effet cumulatif des éléments non divulgués aurait influencé la décision de l'appelant de plaider coupable.

Je conviens avec l'intimée que la mise en œuvre du test de l'arrêt *Dixon* exige une évaluation par la Cour d'appel de la substance de la nouvelle preuve. En effet, la « possibilité raisonnable » doit être fondée « sur les utilisations raisonnablement possibles de la preuve non divulguée ou sur les moyens d'enquête raisonnablement possibles dont l'accusé a été privé à la suite de la non-divulgarion » (*Dixon*, précité, par. 34 (souligné dans l'original)). Ce critère doit cependant être interprété avec flexibilité, en tenant compte des difficultés inhérentes à la reconstruction d'un procès, particulièrement lorsque celui-ci s'est déroulé devant un jury.

En l'espèce, dans l'éventualité où le jury n'aurait pas été privé de la preuve non divulguée, le tableau général du procès aurait été fort différent. D'une part, la crédibilité de certains témoins de la poursuite aurait pu être ébranlée par les déclarations de témoins dont l'existence n'a pas été divulguée à la défense. On peut penser aux témoignages des nombreux automobilistes qui auraient contredit les témoignages de Donald et Carl Saint-Pierre quant à l'identité du véhicule qu'ils ont aperçu la nuit du meurtre près de l'endroit où le corps de la victime a été enseveli. D'autre part, le jury aurait été confronté à une thèse différente de celle du ministère public quant aux événements qui se sont déroulés durant la nuit du meurtre. Par exemple, les déclarations d'Isabelle Brouillette et de Guy Leblanc contredisent directement la thèse de la poursuite selon laquelle la victime se trouvait à proximité de la résidence de Laurent Taillefer vers minuit la nuit du meurtre.

En outre, en procédant à un examen particularisé de chacun des éléments de la nouvelle preuve et en les confrontant à la preuve produite lors du procès, la Cour d'appel a appliqué un critère plus exigeant que celui des « possibilité[s] raisonnable[s] ». Elle paraît plutôt avoir recherché si la nouvelle preuve

94

95

96

have changed the verdict. On the contrary, the principle in *Dixon* is that an appellate court must in fact ask whether there is a reasonable possibility that the verdict would have been different if all of the relevant evidence had been disclosed, but should not ask whether the verdict would actually have been different.

97

Having examined the reasons of the Court of Appeal in the appellants' cases, I am satisfied that a more stringent test than "reasonable possibility" was applied. For example, when Beauregard J.A. determined the impact of the statement by Guy Leblanc, the taxi driver, on the result of the appellant Taillefer's trial, he said that [TRANSLATION] "having regard to the other circumstantial evidence which made Mr. Leblanc's statement implausible, I am of the opinion that, even if he had testified to what was in the statement, the jury's verdict would have been the same" (para. 91 (emphasis added)). He used the same test in assessing the impact of Isabelle Brouillette's testimony (para. 97). Although there are other passages that might suggest that the Court of Appeal applied the appropriate standard of reasonable possibility (see for example at paras. 29 and 110 of Beauregard J.A.'s decision), it is generally plain from that opinion that the Court of Appeal asked itself whether each part of the evidence could, alone, have erased any reasonable doubt from the jury's mind. Biron J.A. made the same error in the appellant Duguay's case. Thus, after completing his analysis of the fresh evidence relating to the prior statement made by Dr. Dorion, the judge commented that he saw nothing in that evidence that could have changed the result (para. 79). Similar conclusions were stated in respect of the statements by Isabelle Martel and Juan Caruncho (paras. 104 and 108). Accordingly, in my view the Court of Appeal wrongly applied the first part of the test laid down by this Court in *Dixon*.

(b) *The Errors Relating to the Impact of the Infringement of the Right to Disclosure on the Overall Fairness of the Trial*

98

We must now examine the problem of the impact of the fresh evidence on the proceedings that led to the convictions of the appellants. On this issue, the

aurait effectivement modifié le verdict. Au contraire, selon l'arrêt *Dixon*, une cour d'appel doit plutôt s'interroger sur l'existence d'une possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent si l'ensemble de la preuve pertinente avait été divulguée, mais ne doit pas se demander si le verdict aurait effectivement été différent.

L'étude des motifs de la Cour d'appel dans les dossiers des appelants me convainc qu'un critère plus sévère que celui des « possibilité[s] raisonnable[s] » a été appliqué. Par exemple, concluant sur l'impact de la déclaration du chauffeur de taxi Guy Leblanc sur le résultat du procès de l'appellant Taillefer, le juge Beauregard affirme que « [s]ous l'éclairage des autres éléments de preuve circonstancielle qui rendent invraisemblable la déclaration du chauffeur Leblanc, je suis d'avis que, même si ce dernier avait témoigné dans le sens de sa déclaration, le verdict du jury aurait été le même » (par. 91 (je souligne)). Il utilise le même critère dans son évaluation de l'impact du témoignage d'Isabelle Brouillette (par. 97). Bien que d'autres passages puissent laisser entendre que la Cour d'appel a appliqué le critère adéquat des possibilités raisonnables (voir par exemple aux par. 29 et 110 de la décision du juge Beauregard), il ressort généralement de cette opinion que la Cour d'appel s'est demandé si chacun des éléments de preuve aurait pu à lui seul soulever un doute raisonnable dans l'esprit du jury. Le juge Biron a commis la même erreur dans le dossier de l'appellant Duguay. Ainsi, au terme de son analyse de la nouvelle preuve relative à la déclaration antérieure du D<sup>r</sup> Dorion, le juge commente qu'il ne voit rien dans cet élément de preuve de nature à modifier le résultat (par. 79). Des conclusions semblables sont formulées par rapport aux déclarations d'Isabelle Martel et de Juan Caruncho (par. 104 et 108). À mon avis, la Cour d'appel a ainsi mal appliqué la première partie du test défini par notre Cour dans l'arrêt *Dixon*.

b) *Les erreurs quant à l'impact de la violation du droit à la divulgation sur l'équité globale du procès*

Il faut maintenant examiner le problème de l'impact de la nouvelle preuve à l'égard des procédures qui ont mené à la condamnation des appelants. Sur

Court of Appeal erred in its assessment of the effect of the failure to disclose on the overall fairness of the appellant Taillefer's trial and the overall fairness of the process that led to the appellant Duguay's decision to enter a guilty plea.

(i) The Impact of the Infringement of the Right to Disclosure on the Overall Fairness of the Appellant Taillefer's Trial

As noted earlier, the method of analysis prescribed by *Dixon* consists of two separate steps. The first involves assessing the impact of the fresh evidence on the result of the trial. The second requires that the appellate court assess the impact of the fresh evidence on the overall fairness of the trial. Thus the infringement of the accused's right to make full answer and defence may arise from a reasonable possibility that the failure to disclose had an impact on the overall fairness of the trial, even if it cannot be concluded that the verdict might have been different. To measure the impact of the non-disclosure on the overall fairness of the trial, it must be asked what "realistic opportunities to explore possible uses of the undisclosed information for purposes of investigation and gathering evidence" were lost (*Dixon*, at para. 36 (emphasis in original)). It does not seem, from the reasons of Beauregard J.A., that the impact of the fresh evidence on the overall fairness of the trial was even examined. By reviewing the items of fresh evidence one by one, and comparing them to the evidence presented at trial, Beauregard J.A. assessed the potential impact of each piece of evidence on the jury's verdict, without inquiring into the possible and realistic uses of that evidence by the defence. In my opinion, had he done that, his conclusions would have been very different. Several parts of the fresh evidence could have been used by the defence at trial, whether to impeach the credibility of certain witnesses and the credibility of the Crown's theory or to gather new evidence.

That was the case for the notes taken by Lieut. Pelletier and the investigating officer, Cossette, during the questioning of the appellant Taillefer. As

cette question, la Cour d'appel a commis des erreurs dans son évaluation de l'effet de la non-divulgence sur l'équité globale du procès de l'appellant Taillefer et sur celle du processus qui a mené à la décision de l'appellant Duguay de produire un plaidoyer de culpabilité.

(i) L'impact de la violation du droit à la divulgation sur l'équité globale du procès de l'appellant Taillefer

Tel que souligné plus haut, la méthode d'analyse prescrite par l'arrêt *Dixon* comporte deux étapes distinctes. La première consiste à évaluer l'impact de la nouvelle preuve sur le résultat du procès. La deuxième exige que la Cour d'appel évalue l'impact de la nouvelle preuve sur l'équité globale du procès. Ainsi, la violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière peut découler d'une possibilité raisonnable que la non-divulgence ait eu un impact sur l'équité globale du procès, et ce, même si l'on ne peut conclure que le verdict aurait pu être différent. Afin de mesurer l'impact de la non-divulgence sur l'équité globale du procès, il faut s'interroger quant « aux possibilités réalistes d'examiner les utilisations possibles des renseignements non divulgués aux fins de l'enquête et de la cueillette d'éléments de preuve » (*Dixon*, par. 36 (souligné dans l'original)). Or, il n'apparaît pas des motifs du juge Beauregard que l'impact de la nouvelle preuve sur l'équité globale du procès ait même été examinée. En étudiant les éléments de la nouvelle preuve un à un et en les confrontant à la preuve présentée lors du procès, le juge Beauregard a évalué l'impact potentiel de chaque élément sur le verdict du jury sans s'interroger sur les usages possibles et réalistes des éléments de preuve par la défense. À mon avis, dans l'éventualité où il l'aurait fait, ses conclusions auraient été fort différentes. De nombreux éléments de la nouvelle preuve auraient pu être utilisés par la défense lors du procès, soit pour mettre en doute la crédibilité de certains témoins ainsi que celle de la thèse du ministère public, soit afin de recueillir de nouveaux éléments de preuve.

C'est le cas des notes prises par le lieutenant Pelletier et l'enquêteur Cossette durant l'interrogatoire de l'appellant Taillefer. Tel que le souligne



the Court of Appeal pointed out, one particularly important piece of evidence against the appellant consisted of the incriminating statement he made to the police on the night he was arrested. At trial, the appellant contested the voluntariness of that statement. According to his version of the facts, he was beaten by the police. He also said that the incriminating statement was completely made up by the police and that he signed it out of fear. Despite the fact that this defence was raised, the Court of Appeal failed to measure the impact of the non-disclosure of those notes on the fairness of the trial, by failing to consider the realistic possibility available to the accused of using the discrepancies between those notes and the police officers' testimony at trial to impeach their credibility or to raise doubt as to whether his statement was given freely and voluntarily.

101 Beauregard J.A. acknowledged that there were discrepancies between the notes taken by the coordinators Cossette and Pelletier and the testimony given by officers Charette and Leduc at trial (para. 15). He also acknowledged that he still harboured doubts concerning the truthfulness of the evidence given by officer Charette, as may be seen in this passage from his opinion (at para. 19):

[TRANSLATION] But this does not explain why Charette said that everything that was said in front of him and Leduc was taken down in the form of questions and answers, nor does it explain why Charette said that the statement was signed at about 3:00 a.m. I also have doubts as to the veracity of Charette's testimony when he said that immediately after the appellant was arrested, in the police car, the appellant had already begun to give a confession and that he also said something incriminating in the interrogation room even before Charette and Leduc started to question him.

102 However, he went on to comment on the impact of those discrepancies, as follows (at paras. 20, 23 and 29):

[TRANSLATION] Nonetheless, I am of the opinion that, even if a jury were in possession of Cossette's and Pelletier's notes, it could not reasonably conclude that the content of the appellant's two out-of-court statements was invented by Charette and that the reason why the appellant signed the document containing an out-of-

la Cour d'appel, un des éléments de preuve particulièrement important défavorable à l'appelant consiste dans la déclaration incriminante qu'il a faite à la police la nuit de son arrestation. Lors du procès, l'appelant a contesté le caractère volontaire de cette déclaration. Selon sa version des faits, il aurait été battu par les policiers. Il a également affirmé que la déclaration incriminante avait été inventée de toutes pièces par les policiers et qu'il l'aurait signée sous l'effet de la peur. Malgré la présentation de cette défense, la Cour d'appel a omis de mesurer l'impact de la non-divulgaration de ces notes sur l'équité du procès en ne considérant pas la possibilité réaliste qui était offerte à l'accusé d'utiliser les divergences entre ces notes et les témoignages des policiers au procès afin d'attaquer leur crédibilité ou encore de soulever un doute quant au caractère libre et volontaire de sa déclaration.

Le juge Beauregard a reconnu l'existence de divergences entre les notes prises par les coordonnateurs Cossette et Pelletier et le témoignage des agents Charette et Leduc lors du procès (par. 15). Il a également reconnu conserver des doutes à propos de la véracité du témoignage de l'agent Charette, comme on le voit dans ce passage de son opinion (au par. 19) :

Mais ceci n'explique cependant pas pourquoi Charette a affirmé que tout ce qui s'est dit devant lui et Leduc a été pris sous forme de questions et réponses. Cela n'explique pas non plus pourquoi Charette affirme que la déclaration fut signée vers trois heures. J'ai aussi des doutes sur la véracité du témoignage de Charette lorsqu'il affirme qu'immédiatement après l'arrestation de l'appelant, celui-ci, dans la voiture de police, aurait déjà fait un début d'aveu et qu'il aurait aussi prononcé une parole incriminante dans la salle d'interrogatoires avant même que les agents Charette et Leduc ne commencent à l'interroger.

Il poursuit toutefois ses commentaires sur la portée de ces divergences de la façon suivante (aux par. 20, 23 et 29) :

Malgré cela, je suis d'avis que, même en possession des notes de Cossette et Pelletier, un jury ne pourrait pas raisonnablement conclure que le contenu des deux déclarations extrajudiciaires de l'appelant fut imaginé par Charette et que, si l'appelant a signé l'écrit qui contenait une déclaration extrajudiciaire, c'est parce qu'il avait été

court statement was that he had been beaten, was afraid of being beaten again or was in a state in which he was unable to engage in a free and voluntary act.

The discrepancy between Charette's testimony and Cossette's and Pelletier's notes might perhaps affect the admissibility or probative value of the out-of-court statement if there was a connection between the discrepancy and the appellant's argument. However, there is no such connection; whether Charette made a mistake or lied about the fact that there were two statements does not obviate the fact that the appellant signed the document containing the admissions and the only questions that arise are whether the text of the statement signed by the appellant was invented by Charette and whether the appellant signed the statement as a result of mistreatment, fear of future mistreatment and battle-weariness. On this point, the jury has already made its findings.

In other words, the fact that the appellant was not in possession of Cossette's and Pelletier's notes did not affect the fairness of the trial; in addition, if the appellant had been in possession of those notes, it cannot reasonably be thought that it was possible that the verdict would have been different.

These passages demonstrate that Beauregard J.A. did not properly apply the test of the reasonable possibility of an impairment of the overall fairness of the trial. He asked only whether the jury would have believed the appellant's version in the event that the notes taken by the coordinators Cossette and Pelletier had been disclosed to him. He therefore relied on his own opinion as to the plausibility of the appellant's account (paras. 20-21). Rather than examining the possible uses of the undisclosed notes, Beauregard J.A. sought only to determine whether the disclosure of that piece of evidence would have changed the jury's decision as to whether the accused's statement was free and voluntary. That is not the applicable test. The mere reasonable possibility that the discrepancies between the notes of the coordinators Cossette and Pelletier and the testimony of the officers Charette and Leduc could be used to impeach the officers' credibility, or to raise a doubt as to whether the accused's statement was voluntary, is all that is needed for it to be possible to hold

battu, craignait de l'être encore ou était dans un état qui ne lui permettait pas de poser un acte libre et volontaire.

La divergence entre le témoignage de Charette et les notes de Cossette et Pelletier pourrait peut-être affecter la recevabilité de la déclaration extrajudiciaire ou sa force probante s'il y avait un lien entre cette divergence et les prétentions de l'appelant. Mais un tel lien n'existe pas. Que Charette ait fait erreur ou ait menti quant au fait qu'il y a deux déclarations ne détruit pas le fait que l'appelant a signé l'écrit contenant des aveux et que les seules questions qui se posent sont de savoir si le texte de la déclaration signée par l'appelant a été imaginé par Charette et si l'appelant a signé la déclaration par suite de sévices, de crainte de sévices futurs et de guerre lasse. Or, à cet égard, le jury s'est déjà exprimé.

Bref, le fait que l'appelant n'ait pas été en possession des notes de Cossette et Pelletier n'a pas affecté l'équité du procès; d'autre part, si l'appelant avait été en possession de ces notes, on ne peut raisonnablement penser à la possibilité que le verdict aurait été différent.

Ces passages démontrent que le juge Beauregard n'a pas correctement appliqué le critère de la possibilité raisonnable d'une atteinte à l'équité globale du procès. Il s'est uniquement demandé si le jury aurait cru la version de l'appelant dans l'éventualité où les notes des coordonnateurs Cossette et Pelletier lui auraient été transmises. Ce faisant, il s'est appuyé sur sa propre opinion quant à la vraisemblance de la version de l'appelant (par. 20-21). Plutôt que d'examiner les utilisations possibles des notes non divulguées, le juge Beauregard a recherché seulement si la divulgation de cet élément de preuve aurait changé la décision du jury quant au caractère libre et volontaire de la déclaration de l'accusé. Il ne s'agit pas du critère applicable. La simple possibilité raisonnable d'utiliser les divergences entre les notes des coordonnateurs Cossette et Pelletier et le témoignage des agents Charette et Leduc afin d'ébranler la crédibilité de ces derniers ou soulever un doute sur le caractère volontaire de la déclaration de l'accusé, suffisait pour que l'on puisse conclure

that there was a reasonable possibility that the failure to disclose impaired the overall fairness of the trial.

104

The same error was made in respect of a number of other pieces of evidence. That was the case for, *inter alia*, the statements of the drivers who said that during the night of the murder, they had seen vehicles whose description did not match the vehicle belonging to Laurent Taillefer near where the victim's body was found. The appellant says that he could have used those statements to cast doubt on the testimony given by the Saint-Pierres, on which the prosecution based its theory that the appellants used Laurent Taillefer's vehicle to dispose of their victim's body. Beauregard J.A., however, concluded on this point that [TRANSLATION] "[c]ertain statements more or less corroborate the testimony given by the Saint-Pierres; others do not seem relevant; and others eliminate the probative value of the testimony given by the Saint-Pierres regarding the make and colour of the vehicle" (para. 37). He added later that "[w]hile the appellant has demonstrated that the statements by the car and truck drivers should have been disclosed to him, he has not demonstrated that those individuals would certainly have contributed something of value if the statements had been introduced before the jury and the prosecution had cross-examined on them" (para. 40). Once again, Beauregard J.A. limited his consideration to an assessment of the content of the fresh evidence and its possible impact on the verdict. Based on the actual findings he made concerning the inconsistency between some of those statements and the testimony given by the Saint-Pierres, Beauregard J.A. should have concluded, if he had properly applied the principles laid down in *Dixon*, that it would have been possible for the accused to use those statements to impeach the Saint-Pierres' credibility.

105

Beauregard J.A. was also of the opinion that the inconsistency between the testimony given by the dentist, Dr. Dorion, at trial and the statement he had made earlier to a police officer in support of an information to obtain a search warrant did not destroy the value of his testimony (para. 81). Again, for the purposes of applying the *Dixon* test, in order

à une possibilité raisonnable que la non-divulgation ait porté atteinte à l'équité globale du procès.

Cette même erreur a été commise à l'égard de plusieurs autres éléments de preuve. C'est le cas notamment des déclarations des automobilistes qui ont affirmé avoir aperçu, durant la nuit du meurtre, près de l'endroit où le corps de la victime a été retrouvé, des véhicules dont la description ne correspond pas à celui appartenant à Laurent Taillefer. L'appelant affirme qu'il aurait pu utiliser ces déclarations afin de mettre en doute les témoignages des Saint-Pierre, sur lesquels la poursuite a fondé sa thèse selon laquelle les appelants ont disposé du corps de leur victime en empruntant le véhicule de Laurent Taillefer. Le juge Beauregard a toutefois conclu sur ce point que « [c]ertaines déclarations corroborent plus ou moins le témoignage des messieurs Saint-Pierre; d'autres ne paraissent pas pertinentes; d'autres enlèvent de la force probante au témoignage des messieurs Saint-Pierre quant à la couleur et la marque du véhicule » (par. 37). Il ajoute plus loin que « [s]i l'appelant a démontré que les déclarations des automobilistes et camionneurs auraient dû lui être communiquées, il n'a pas démontré qu'en définitive ces personnes auraient apporté quelque chose de valeur si elles avaient déposé devant le jury et subi le contre-interrogatoire de la poursuite » (par. 40). Encore une fois, le juge Beauregard s'est limité à une évaluation du contenu de la nouvelle preuve et à son impact possible sur le verdict. D'après les constatations mêmes qu'il a formulées au sujet de l'incompatibilité de certaines de ces déclarations avec le témoignage des Saint-Pierre, le juge Beauregard aurait dû conclure, s'il avait appliqué correctement les principes posés dans l'arrêt *Dixon*, qu'il aurait été possible pour l'accusé d'utiliser ces déclarations afin d'affaiblir la crédibilité des Saint-Pierre.

Le juge Beauregard a aussi estimé que l'incompatibilité entre le témoignage du D<sup>f</sup> Dorion lors du procès et la déclaration qu'il avait antérieurement faite à un policier au soutien d'une dénonciation pour obtenir un mandat de perquisition ne détruit pas en soi la valeur du témoignage du dentiste (par. 81). Toujours pour l'application du test de l'arrêt

to hold that the failure to disclose had a possible impact on the overall fairness of the trial, it would have been sufficient to find that there was a reasonable possibility that the accused could use the prior declaration by the expert witness to impeach his credibility.

The same criticism applies to the analysis by the Court of Appeal of the impact of the statements by the taxi driver, Guy Leblanc, and by Isabelle Brouillette. With respect to the statement by Guy Leblanc, Beauregard J.A. held that because of the implausibility of that evidence, [TRANSLATION] “the jury’s verdict would have been the same” (para. 91). He came to the same conclusion regarding the statement by Isabelle Brouillette (para. 97). The Court of Appeal was of course correct to raise doubts regarding the credibility of those statements. However, I believe that it erred by failing to consider the possible use of those statements by the defence to discredit the prosecution theory and support the alibi defence. It was up to the jury to assess the credibility of those witnesses. In addition, the timely disclosure of the statement by Isabelle Brouillette might have enabled the defence to discover fresh evidence: an investigation could have been conducted to ascertain whether other people had seen the victim at the dance where Isabelle Brouillette was on the night of the murder.

In short, the Court of Appeal made a major error when it failed to assess the impact of the new evidence on the overall fairness of the trial. As its conclusions show, the court restricted its analysis to the impact of the fresh evidence on the result of the trial process (para. 110). I also believe that the appellant has succeeded in showing that it is reasonably possible that the new evidence would have had an impact on the overall fairness of the trial: the appellant Taillefer was deprived of a considerable amount of evidence that he could have used to impeach both the credibility of a number of witnesses and the prosecution theory. In addition, the knowledge of that undisclosed evidence at the proper time would have opened the door to new avenues of investigation for the defence. Accordingly, I find that the appellant’s constitutional right to make full answer and defence has been seriously infringed.

*Dixon*, afin de conclure à un impact possible de la non-divulgence sur l’équité globale du procès, il aurait suffi de constater l’existence d’une possibilité raisonnable pour l’accusé d’utiliser l’affirmation antérieure de l’expert afin d’affaiblir sa crédibilité.

Les mêmes critiques s’appliquent à l’analyse par la Cour d’appel de l’impact de la déclaration du chauffeur de taxi Guy Leblanc et de celle d’Isabelle Brouillette. Quant à la déclaration de Guy Leblanc, le juge Beauregard a conclu qu’en raison du caractère invraisemblable de cette preuve, « le verdict du jury aurait été le même » (par. 91). Il en est arrivé à la même conclusion quant à la déclaration d’Isabelle Brouillette (par. 97). Certes, la Cour d’appel a eu raison de soulever des doutes quant à la crédibilité de ces déclarations. J’estime cependant qu’elle a erré en omettant de considérer l’utilisation possible de ces déclarations par la défense afin de discréditer la thèse de la poursuite et d’appuyer la défense d’alibi. Il appartenait au jury d’évaluer la crédibilité de ces témoins. En outre, la divulgation opportune de la déclaration d’Isabelle Brouillette aurait pu permettre à la défense de découvrir de nouveaux éléments de preuve. En effet, une enquête aurait pu être menée afin de vérifier si d’autres personnes avaient aperçu la victime à la danse où se trouvait Isabelle Brouillette la nuit du meurtre.

En somme, la Cour d’appel a commis une erreur importante en omettant d’évaluer l’impact de la nouvelle preuve sur l’équité globale du procès. Comme le démontrent ses conclusions, la cour a restreint son analyse à l’impact de la nouvelle preuve sur le résultat du procès (par. 110). J’estime également que l’appelant a réussi à démontrer qu’il est raisonnablement possible que la nouvelle preuve aurait eu un impact sur l’équité globale du procès. En effet, l’appelant Taillefer a été privé de nombreux éléments de preuve qui lui auraient permis de mettre en doute autant la crédibilité de plusieurs témoins que celle de la thèse de la poursuite. De plus, la connaissance des éléments de preuve non divulgués en temps opportun aurait ouvert de nouvelles pistes d’enquête à la défense. En conséquence, je conclus que le droit constitutionnel de l’appelant à une défense pleine et entière a été gravement violé.

106

107

(ii) The Impact of the Infringement of the Right to Disclosure on the Process That Led to the Appellant Duguay's Decision to Plead Guilty

108

In my opinion, the Court of Appeal erred again when it applied a subjective test in determining whether there was a reasonable possibility that the appellant Duguay would have decided not to stand trial again if he had known about the undisclosed evidence. Although the Court of Appeal concluded that [TRANSLATION] “the failure to disclose did not affect the outcome or the overall fairness of the first trial, or the appellant’s decision to plead guilty in 1995” (para. 116), it did not give any attention to the reasonable possibilities of using the fresh evidence that were available to the defence and to the effect of such possibilities on a reasonable decision to take the risk of a second trial. Instead, it limited its analysis to the question of whether [TRANSLATION] “the fresh evidence could reasonably have affected the result and prompted the appellant to run the risk of a second trial” (para. 59).

109

Certainly, the appellant Duguay’s guilty plea seemed to be free, voluntary and unequivocal, applying the relevant standards from the case law, and was entered at a time when he was represented by a new lawyer. In an affidavit dated June 7, 1999, the appellant stated that he had instructed Mr. Painchaud to negotiate a guilty plea with the Crown because he had lost [TRANSLATION] “all hope of winning at trial”. Because the plea was entered after an order was made for a new trial, and after negotiation with the Crown, the appellant was aware of the nature of the charges against him and the risks he was running.

110

In an affidavit filed in support of his application for leave to appeal to the Court of Appeal, the appellant Duguay stated that he would never have admitted his guilt if he had known of the existence of the fresh evidence. He also declared that he had not participated in any way in the acts that caused the death of Sandra Gaudet and that he was innocent of the charge to which he had pleaded guilty.

(ii) L’impact de la violation du droit à la divulgation sur le processus ayant mené à la décision de l’appellant Duguay de présenter un plaidoyer de culpabilité

À mon avis, la Cour d’appel a commis une autre erreur en appliquant un critère subjectif dans la détermination de l’existence d’une possibilité raisonnable que l’appellant Duguay aurait décidé de ne pas subir un nouveau procès s’il avait connu la preuve non divulguée. Bien qu’elle ait conclu que « l’omission de divulguer n’a pas influé sur l’issue ou l’équité globale du premier procès ni sur la décision de l’appellant de plaider coupable en 1995 » (par. 116), la Cour d’appel n’a porté aucune attention aux possibilités raisonnables d’utilisation de la nouvelle preuve qui s’offraient à la défense et à l’effet de ces possibilités sur une décision raisonnable de prendre le risque d’un second procès. Elle a plutôt limité son analyse à la question de déterminer si « la preuve nouvelle aurait raisonnablement pu influencer sur le résultat et incité (*sic*) l’appellant à courir le risque d’un deuxième procès » (par. 59).

Certes, le plaidoyer de culpabilité de l’appellant Duguay paraissait libre, volontaire et non équivoque, selon les normes jurisprudentielles applicables, et avait été inscrit alors qu’il était représenté par un nouvel avocat. En effet, dans un affidavit daté du 7 juin 1999, l’appellant a déclaré qu’il avait donné à M<sup>e</sup> Painchaud le mandat de négocier avec le ministère public un plaidoyer de culpabilité en raison du fait qu’il avait perdu « tout espoir d’avoir gain de cause lors du procès ». Comme le plaidoyer avait été inscrit après une ordonnance de nouveau procès et à la suite d’une négociation avec le ministère public, l’appellant connaissait donc la nature des accusations portées contre lui ainsi que les risques qu’il courait.

Dans un affidavit produit à l’appui de sa requête en autorisation de pourvoi devant la Cour d’appel, l’appellant Duguay a déclaré qu’il n’aurait jamais reconnu sa culpabilité s’il avait connu l’existence de la nouvelle preuve. Il a aussi affirmé qu’il n’a participé d’aucune façon aux actes qui ont causé la mort de Sandra Gaudet et qu’il est innocent de l’accusation à laquelle il a plaidé coupable. Cette

That solemn declaration was supported by the declarations of Stéphane Painchaud, who represented the appellant when he pleaded guilty, and Georges Dufour, the appellant's counsel at trial. They all proclaimed their client's innocence. Mr. Painchaud said that [TRANSLATION] "Mr. Duguay decided to plead guilty for the sole reason that he no longer felt capable either of holding up through a second trial or of running the risk of a murder conviction, and not because he admitted participating in the death of Sandra Gaudet." Biron J.A. did not believe either the appellant or his lawyers. In his opinion, [TRANSLATION] "the appellant actually admitted the facts at the hearing, in 1995, and . . . pleaded guilty because he was guilty and he was afraid of being convicted of murder again" (para. 54).

In my view, the Court of Appeal incorrectly applied a subjective test in determining the impact of the non-disclosure on the appellant's decision to plead guilty. In the opinion of Biron J.A., [TRANSLATION] "we must ask whether the appellant, who, in his heart of hearts, admitted the facts and was afraid of being convicted of murder again, would have pleaded guilty, knowing what had not been disclosed to him that the Crown should have disclosed before accepting his guilty plea" (para. 55). In my view, that is not the applicable test. The test is what the reasonable person in the same situation would have done. In the circumstances of this case, having regard to the volume, weight and relevance of the undisclosed evidence and the new possibilities that the opportunity to use that evidence would have offered, it is not unreasonable to think that an accused, armed with a more solid defence than at his first trial, at which the jury deliberations had lasted fourteen days, would have hesitated to admit his guilt or would have had more confidence about standing trial a second time.

Without reiterating all of the facts previously analyzed in the Taillefer case, I would just reiterate that the fresh evidence would have enabled the appellant Duguay to impeach the credibility of a number of witnesses, and undermine the plausibility of the prosecution theory. In addition, it would have opened new avenues for investigation, which could

affirmation solennelle est appuyée de celles de M<sup>e</sup> Stéphane Painchaud, qui représentait l'appelant lors de son plaidoyer de culpabilité, et de M<sup>e</sup> Georges Dufour, l'avocat de l'appelant lors du procès. Ces derniers ont tous proclamé l'innocence de leur client. M<sup>e</sup> Painchaud a précisé que « Monsieur Duguay a décidé de plaider coupable pour l'unique raison qu'il ne se sentait plus capable de supporter ni l'épreuve d'un deuxième procès ni le risque d'une condamnation pour meurtre et non parce qu'il reconnaissait sa participation à la mort de Sandra Gaudet. » Le juge Biron n'a cru ni l'appelant ni ses avocats. Selon son opinion, « l'appelant a véritablement reconnu les faits à l'audience, en 1995, et [. . .] il a plaidé coupable parce qu'il l'était et qu'il avait peur d'être déclaré coupable de meurtre de nouveau » (par. 54).

À mon avis, la Cour d'appel a appliqué à tort un critère subjectif à la détermination de l'impact de la non-divulgation sur la décision de l'appelant de plaider coupable. Selon le juge Biron, « il faut se demander si l'appelant qui, en son for intérieur, reconnaissait les faits et avait peur d'être condamné pour meurtre de nouveau, aurait plaidé coupable, connaissant ce qui ne lui avait pas été divulgué et que la Couronne aurait dû lui communiquer avant d'accepter son plaidoyer de culpabilité » (par. 55). À mon avis, il ne s'agit pas du test applicable. Le critère est celui de la personne raisonnable placée dans la même situation. Dans les circonstances de ce dossier, vu le nombre, l'importance et la pertinence des éléments de preuve non divulgués et les possibilités nouvelles qu'aurait offertes leur utilisation éventuelle, il n'est pas déraisonnable de penser qu'un prévenu, muni d'une défense plus solide que lors de son premier procès où les délibérations du jury avaient duré quatorze jours, aurait hésité à reconnaître sa culpabilité ou aurait envisagé avec plus de confiance la tenue d'un second procès.

Sans reprendre l'ensemble des faits analysés précédemment dans le dossier Taillefer, je réitérerais seulement que la nouvelle preuve aurait permis à l'appelant Duguay d'attaquer la crédibilité de plusieurs témoins ainsi que la plausibilité de la thèse de la poursuite. De plus, elle aurait ouvert de nouvelles pistes d'enquête, qui auraient pu mener à la

have led to the discovery of new witnesses. In this context, the Crown's breach of its duty to disclose all of the relevant evidence led to a serious infringement of the appellant's right to make full answer and defence. That breach cast doubt on the validity of the appellant's admission of guilt and the waiver of the presumption of innocence that pleading guilty involved.

113 In this case, the Court of Appeal misconstrued the nature of the rules in *Dixon* and of the impact of the failure to disclose evidence on the overall fairness of the appellant Taillefer's trial, as well as on the process that led to the appellant Duguay's guilty plea. The seriousness of these errors requires that the Court of Appeal's decisions be set aside. Accordingly, the guilty verdict against the appellant Taillefer on the charge of first degree murder is quashed. In addition, the appellant Duguay is granted leave to withdraw his guilty plea and the guilty verdict against him on the charge of manslaughter is accordingly quashed. We must now determine what remedy is appropriate and just in the particular circumstances of each of the appellants' cases. This question was the subject of one of the main disagreements between the parties.

#### B. *The Appropriate Remedies*

##### (1) The Positions of the Parties

114 The appellants are asking this Court to order a stay of proceedings or, in the alternative, to order a new trial. They contend that the prosecution acted maliciously, and that if this Court does not enter an acquittal, it is therefore required to order a final stay of proceedings. They accuse the police and the Crown of deliberately concealing evidence, demonstrating conduct that is infinitely more serious than the destruction of evidence that led to a stay of proceedings in *Carosella*, *supra*. In their submission, a stay of proceedings is the appropriate and just remedy in the circumstances because the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated and aggravated through the conduct of a new trial, and no other remedy is reasonably

découverte de nouveaux témoins. Dans ce contexte, la violation par le ministère public de son obligation de divulguer l'ensemble de la preuve pertinente a porté une atteinte grave au droit de l'appelant à une défense pleine et entière. Cette violation remettait en cause la validité de la reconnaissance de sa culpabilité par l'appelant et de la renonciation à la présomption d'innocence que son plaidoyer comportait.

En l'espèce, la Cour d'appel s'est méprise quant à la nature des règles de l'arrêt *Dixon* ainsi que quant à l'impact de la non-divulgence de la preuve sur l'équité globale du procès de l'appelant Taillefer de même que sur le processus ayant mené au plaidoyer de culpabilité de l'appelant Duguay. Il s'agit d'erreurs dont la gravité exige que les décisions de la Cour d'appel soient infirmées. En conséquence, le verdict de culpabilité de l'appelant Taillefer pour meurtre au premier degré est annulé. Par ailleurs, le retrait du plaidoyer de culpabilité de l'appelant Duguay est autorisé et le verdict de culpabilité pour homicide involontaire coupable prononcé à son endroit est en conséquence annulé. Il faut à présent déterminer quelle réparation est convenable et juste en tenant compte des circonstances particulières aux dossiers de chacun des appelants. Cette question a fait l'objet d'un des principaux débats entre les parties.

#### B. *Le choix des réparations appropriées*

##### (1) La position des parties

Les appelants demandent à notre Cour d'ordonner un arrêt des procédures ou, subsidiairement, d'ordonner un nouveau procès. Ils prétendent que la poursuite a agi de façon abusive, ce qui exigerait que notre Cour, à défaut de prononcer un acquittement, ordonne un arrêt définitif des procédures. Ils reprochent à la police et au ministère public d'avoir délibérément dissimulé de la preuve, ce qui révélerait une conduite infiniment plus grave que la destruction de la preuve qui donna lieu à un arrêt des procédures dans l'arrêt *Carosella*, précité. À leur avis, l'arrêt des procédures constitue la réparation convenable et juste dans les circonstances puisque le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué et aggravé par le déroulement d'un

capable of removing that prejudice (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paras. 90-91; *O'Connor*, *supra*, at para. 75; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at para. 54). They assert, in support of their application, the fact that the procedure for assembling and presenting the fresh evidence before the Court of Appeal shows that the witnesses' memories are no longer reliable. They also submit that one witness, Isabelle Brouillette, was questioned by the police in extremely suspicious circumstances in January 2000, before she testified in relation to the fresh evidence. They also argue that the reasonable possibilities of using the undisclosed evidence for the purposes of investigating and gathering evidence have been irremediably compromised by the passage of time and the conduct of the prosecution. And they submit that the prosecution could not recall the police officers to testify without breaking the rules of ethics, because it is reasonably possible that they lied at trial.

The respondent denies that a stay of proceedings would be an appropriate remedy. It argues that if this Court decided to allow the appeals, the appropriate and just remedy in the circumstances would be to order a new trial. It disputes the assertion that the conduct of the prosecution can be attributed to bad faith, having regard to the rules in the case law relating to the duty to disclose as they stood at the time of trial. In the Crown's submission, now that the fresh evidence is known and available, holding a new trial would plainly not perpetuate or aggravate the prejudice suffered by the appellants.

I will start with a brief review of the principles governing the power of the courts to direct a stay of proceedings. I will then apply those principles to the facts of this case in order to determine the appropriate and just remedy in the particular circumstances of each of the matters.

## (2) Stay of Proceedings

This Court has frequently underlined the draconian nature of a stay of proceedings, which should

nouveau procès et qu'aucune autre réparation ne peut raisonnablement le faire disparaître (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 90-91; *O'Connor*, précité, par. 75; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 54). Ils allèguent à l'appui de leur demande le fait que la procédure de constitution et d'examen de la nouvelle preuve devant la Cour d'appel révèle que l'on ne peut plus se fier à la mémoire des témoins. Ils soulignent aussi que le témoin Isabelle Brouillette a été interrogée par des policiers, dans des circonstances hautement suspectes en janvier 2000, avant son témoignage dans le cadre de la nouvelle preuve. Ils prétendent également que les possibilités raisonnables d'utiliser les renseignements non divulgués aux fins de l'enquête et de la cueillette d'éléments de preuve ont été irrémédiatement compromises par le passage du temps et par la conduite de la poursuite. Ils soutiennent finalement que la poursuite ne pourrait rappeler les policiers à témoigner sans violer les règles déontologiques, puisqu'il est raisonnablement possible qu'ils aient menti lors du procès.

L'intimée nie qu'un arrêt des procédures soit une réparation convenable. Elle prétend que, si notre Cour décidait d'accueillir les pourvois, la réparation convenable et juste dans les circonstances serait d'ordonner un nouveau procès. Elle conteste que l'on puisse imputer le comportement de la poursuite à de la mauvaise foi, compte tenu de l'état des règles jurisprudentielles relatives à l'obligation de divulguer à l'époque du procès. À son avis, maintenant que les éléments de la preuve nouvelle sont connus et disponibles, il est évident que la tenue d'un nouveau procès ne perpétuerait pas ou n'aggraverait pas le préjudice subi par les appelants.

Je commencerai par un bref rappel des principes encadrant le pouvoir des tribunaux de prononcer un arrêt des procédures. J'appliquerai ensuite ces principes aux faits de l'espèce afin de déterminer la réparation convenable et juste dans les circonstances particulières de chacun des dossiers.

## (2) L'arrêt des procédures

Notre Cour a affirmé à maintes reprises le caractère draconien de l'arrêt des procédures, qui ne doit

115

116

117



be ordered only in exceptional circumstances. A stay of proceedings is appropriate only “in the clearest of cases”, that is, “where the prejudice to the accused’s right to make full answer and defence cannot be remedied or where irreparable prejudice would be caused to the integrity of the judicial system if the prosecution were continued” (*O’Connor, supra*, at para. 82). It is a “last resort” remedy, “to be taken when all other acceptable avenues of protecting the accused’s right to full answer and defence are exhausted” (*O’Connor, supra*, at para. 77; see also *Tobiass, supra*, at paras. 89-90; *Carosella, supra*, at paras. 52-53; *Regan, supra*, at paras. 53 et seq.).

être ordonné que dans des circonstances exceptionnelles. L’arrêt des procédures n’est approprié que « dans les cas les plus manifestes », soit « lorsqu’il serait impossible de remédier au préjudice causé au droit de l’accusé à une défense pleine et entière ou lorsque la continuation de la poursuite causerait à l’intégrité du système judiciaire un préjudice irréparable » (*O’Connor*, précité, par. 82). Il s’agit d’un redressement de « dernier ressort », « auquel on doit avoir recours et uniquement après avoir épuisé tous les autres moyens acceptables pour protéger le droit de l’accusé à une défense pleine et entière » (*O’Connor*, précité, par. 77; voir également *Tobiass*, précité, par. 89-90; *Carosella*, précité, par. 52-53; *Regan*, précité, par. 53 et suiv.).

118 In *O’Connor, supra*, at para. 75, this Court adopted principles to circumscribe the power to order a stay of proceedings. These principles confirm the seriousness of such a decision and the need for a careful and balanced analysis of all the interests at stake — the interests of the accused, of course, but also the interest of the public in crime being punished and in criminal cases being diligently prosecuted. Those principles hold that a stay of proceedings will be an appropriate and fair remedy where:

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

Dans l’arrêt *O’Connor*, précité, par. 75, notre Cour a adopté des principes destinés à encadrer le pouvoir d’ordonner un arrêt des procédures. Ces principes confirment la gravité d’une telle décision et la nécessité d’une analyse soignée et équilibrée de tous les intérêts en cause, ceux du prévenu certes, mais aussi celui du public à la punition du crime et au règlement diligent des affaires criminelles. Selon ces principes, un arrêt des procédures constituera une réparation convenable et juste lorsque :

- (1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

119 These criteria recognize the prospective rather than retroactive nature of the remedy. Although, in very rare circumstances, the conduct of the prosecution may be so serious that a stay of proceedings is required in order to avoid bringing our system of justice into disrepute, it is not the purpose of this remedy to punish blameworthy conduct on the part of the State. The remedy is primarily meant to prevent an abuse from being perpetuated or aggravated (*Regan, supra*, at para. 54; *Tobiass, supra*, at para. 91).

Ces critères consacrent le caractère prospectif plutôt que rétroactif de cette réparation. Bien que, dans de très rares circonstances, la conduite de la poursuite puisse être d’une telle gravité que l’arrêt des procédures s’impose afin d’éviter la déconsidération de notre système de justice, cette réparation n’a pas pour objectif de punir le comportement répréhensible de l’État. Elle vise surtout à empêcher qu’un abus ne se perpétue ou ne s’aggrave (*Regan*, précité, par. 54; *Tobiass*, précité, par. 91).

120 In *Dixon, supra*, this Court pointed out that the appropriate and just remedy for an infringement of the right to make full answer and defence arising out

Dans l’arrêt *Dixon*, précité, notre Cour a souligné que la réparation convenable et juste pour une atteinte au droit à une défense pleine et entière

of the Crown's breach of its duty to disclose must be determined on the basis of the seriousness of the infringement. At para. 35, Cory J. wrote:

... an accused who seeks the extraordinary remedy of a stay of proceedings must not only establish, on a balance of probabilities, that the right to make full answer and defence was impaired, but must also demonstrate irreparable prejudice to that right. See *Carosella, supra*, at p. 112. By contrast, where the remedy sought is a new trial, an accused need only persuade the appellate court of the reasonable possibility that the failure to disclose affected either the outcome at trial or the overall fairness of the trial process, and nothing more. [Emphasis added.]

A little later, at para. 39, Cory J. added that “[i]n situations where the materiality of the undisclosed evidence is, on its face, very high, a new trial should be ordered on this basis alone.” Accordingly, in the event that the Court concluded that the breach of the duty to disclose results in an infringement of the accused's right to make full answer and defence, ordering a new trial would be the minimum remedy. In order to obtain a stay of proceedings, the accused must further demonstrate that the infringement of the right is irreparable. That would be the case, for example, if extremely relevant evidence had been irretrievably lost or altered, in such a way as would affect the fairness of the trial (see, for example, *Carosella, supra*, at para. 54).

### (3) Application of the Principles to These Cases

#### (a) *The Appellant Taillefer's Case*

In the case of the appellant Taillefer, I believe that it would be premature to order a stay of proceedings, in the case of such a serious crime, where the charge is still first degree murder. The transcripts of all of the testimony given at the preliminary inquiry and the first trial are still available. As well, at this stage in the case, we can only speculate as to the prejudice that the accused would suffer by reason of the impeachment of the witnesses' credibility and the loss of opportunities for investigation. The trial judge will be in a better position to observe and assess the hurdles that the accused will have to

découlant de la violation par le ministère public de son obligation de divulgation doit être déterminée en fonction de la gravité de l'atteinte. Le juge Cory précisait, en effet, au par. 35, que :

... l'accusé qui réclame la réparation exceptionnelle qu'est l'arrêt des procédures doit non seulement établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu atteinte à son droit à une défense pleine et entière, mais encore qu'un préjudice irréparable a été causé à ce droit. Voir *Carosella*, précité, à la p. 112. Par contre, lorsque la réparation demandée est un nouveau procès, l'accusé a seulement besoin de convaincre la cour d'appel de la possibilité raisonnable que l'omission de divulguer ait influé sur l'issue ou l'équité globale du procès, rien de plus. [Je souligne.]

Un peu plus loin, au par. 39, le juge Cory ajoutait que « [d]ans les cas où la pertinence de la preuve non divulguée est très élevée à première vue, la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée pour ce motif seulement. » Ainsi, dans l'éventualité où la Cour conclurait que la violation de l'obligation de divulgation entraîne celle du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, une ordonnance de nouveau procès constituerait la réparation minimale. Afin d'obtenir un arrêt des procédures, l'accusé doit en outre démontrer que l'atteinte au droit est irréparable. Ce serait le cas, par exemple, si des éléments de preuve hautement pertinents étaient irrémédiablement perdus ou altérés, de façon à affecter le caractère équitable du procès (voir par exemple *Carosella*, précité, par. 54).

### (3) Application des principes aux présents dossiers

#### a) *Le cas de l'appellant Taillefer*

Quant à l'appellant Taillefer, j'estime qu'il serait prématuré d'ordonner un arrêt des procédures, dans le cas d'un crime aussi grave, où l'accusation demeure celle de meurtre au premier degré. Les transcriptions de l'ensemble des témoignages rendus lors de l'enquête préliminaire et du premier procès sont toujours disponibles. Ensuite, à ce stade de l'instance, on ne peut que spéculer sur le préjudice que subirait l'accusé du fait de l'affaiblissement de la crédibilité des témoins ainsi que de la perte de possibilités d'enquête. Le juge du procès sera mieux placé pour observer et évaluer les obstacles que

121

122

surmount and to determine whether his right to make full answer and defence and to a fair trial is jeopardized by holding a new trial. It will be up to that judge to monitor the conduct of the new trial closely, and if necessary to assess the consequences of the passage of time and of the prosecution's conduct on the overall fairness of the proceeding being held before him or her. As this Court held in *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at para. 27:

The appropriateness of a stay of proceedings depends upon the effect of the conduct amounting to an abuse of process or other prejudice on the fairness of the trial. This is often best assessed in the context of the trial as it unfolds. Accordingly, the trial judge has a discretion as to whether to rule on the application for a stay immediately or after hearing some or all of the evidence. Unless it is clear that no other course of action will cure the prejudice that is occasioned by the conduct giving rise to the abuse, it will usually be preferable to reserve on the application. This will enable the judge to assess the degree of prejudice and as well to determine whether measures to minimize the prejudice have borne fruit.

123

Moreover, despite the seriousness of the Crown's breach of its duty to disclose in this case, this is not one of those exceptional situations in which a stay of proceedings is made necessary by the fact that "the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases" (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667; *O'Connor*, *supra*, at para. 69). Although there is a considerable quantity of undisclosed and undeniably relevant evidence, the evidence does not show that the Crown acted in bad faith, out of improper motives or in any other way that would have the effect of tarnishing the integrity of our system of justice (*O'Connor*, *supra*, at para. 69). While the infringement of the accused's rights might even be characterized as very serious, it certainly appears to result from an incorrect understanding of the nature and scope of the duty of disclosure. In this case the need for the precedent provided by this Court in *Stinchcombe* can be readily appreciated.

devra surmonter l'accusé et pour juger si son droit à une défense pleine et entière ainsi qu'à un procès équitable est mis en péril par la tenue d'un nouveau procès. Il lui appartiendra de surveiller avec attention le déroulement de ce nouveau procès et d'apprécier, le cas échéant, les conséquences du passage du temps et du comportement de la poursuite sur l'équité globale de la procédure engagée devant lui, comme le rappelait notre Cour dans l'arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, par. 27 :

La réponse à la question de savoir si l'arrêt des procédures est une réparation convenable dépend de l'effet qu'a, sur l'équité du procès, la conduite causant un abus de procédure ou quelque autre préjudice. Souvent, il est préférable de trancher cette question au fur et à mesure du déroulement du procès. En conséquence, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de statuer sur la demande d'arrêt des procédures soit sur-le-champ, soit après avoir entendu une partie ou la totalité de la preuve. À moins qu'il ne soit évident qu'aucune autre mesure ne pourra réparer le préjudice causé par la conduite donnant lieu à l'abus, il est généralement préférable de surseoir à statuer sur la demande. Ainsi, le juge sera en mesure d'évaluer l'ampleur du préjudice et de déterminer si les mesures prises pour réduire celui-ci au minimum se sont avérées fructueuses.

En outre, malgré la gravité de la violation par le ministère public de son obligation de divulguer en l'espèce, il ne s'agit pas de l'une de ces situations exceptionnelles où l'arrêt des procédures s'impose en raison du fait que « l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies » (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667; *O'Connor*, précité, par. 69). Bien que les éléments de preuve non divulgués soient nombreux et incontestablement pertinents, la preuve ne démontre pas que le ministère public a agi de mauvaise foi, en poursuivant des motifs illégitimes ou de toute autre façon ayant pour effet de porter atteinte à l'intégrité de notre système de justice (*O'Connor*, précité, par. 69). En définitive, bien que la violation des droits de l'accusé puisse même être qualifiée de très grave, elle paraît résulter d'une compréhension inexacte de la nature et la portée de l'obligation de divulgation. On constate fort bien ici la nécessité de l'arrêt de principe prononcé par notre Cour dans l'affaire *Stinchcombe*.

Accordingly, in the appellant Taillefer's case, the appropriate and just remedy in the circumstances is committal for a new trial on the charge of first degree murder. In the event that the trial judge determines that the accused cannot be given a fair trial, that judge could exercise his or her discretion at any time and order a stay of proceedings, as I noted earlier.

(b) *The Appellant Duguay's Case*

The circumstances surrounding the events in the Duguay case make the determination of the appropriate remedy in that case more complex and more difficult. At this point in the analysis of this appeal, it is important to note a few aspects of the conduct and conclusion of the prosecution initiated against the appellant Duguay. On February 1, 1991, the appellant Duguay was convicted of first degree murder and sentenced to life imprisonment without possibility of parole for 25 years. He then appealed his conviction. On June 12, 1995, the Court of Appeal allowed the appeal, quashed the guilty verdict and ordered a new trial on a charge of second degree murder. Before his new trial was held, the appellant Duguay negotiated a guilty plea to a reduced charge of manslaughter. His guilty plea was accepted and accordingly, on August 16, 1995, he was sentenced to 12 years in penitentiary.

As we have seen, the appeal relates to the verdict that resulted from the guilty plea, on a reduced charge of manslaughter. When that second verdict is quashed, we must examine whether this Court may consider committing the appellant for trial on a charge of second degree murder, as the Court of Appeal had decided after the first appeal, applying *Harbottle*. Committing the appellant for trial on a charge of that nature would be an injustice, having regard both to the seriousness of the infringement of his rights and to the particular facts of his case, particularly the period for which he has already been incarcerated. If he is convicted of manslaughter, he has already served eight full years of his twelve-year

En conséquence, dans le cas de l'appellant Taillefer, un renvoi à procès sur l'accusation de meurtre au premier degré constitue la réparation convenable et juste dans les circonstances. Dans l'éventualité où le juge du procès constaterait que l'accusé ne peut bénéficier d'un procès équitable, il pourrait à tout moment exercer son pouvoir discrétionnaire et ordonner un arrêt des procédures, comme je le rappelle plus haut.

b) *Le cas de l'appellant Duguay*

Les circonstances propres au déroulement de l'affaire Duguay rendent plus complexe et plus difficile la question de la détermination de la réparation appropriée dans ce cas. Il importe à cette étape de l'analyse de ce pourvoi de souligner quelques aspects de la conduite et de la conclusion de la poursuite criminelle engagée contre l'appellant Duguay. Le 1<sup>er</sup> février 1991, ce dernier a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans. Il a ensuite porté sa condamnation en appel. Le 12 juin 1995, la Cour d'appel a accueilli le pourvoi, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès sur une accusation de meurtre au deuxième degré. Avant que son nouveau procès ait lieu, l'appellant Duguay a négocié un plaidoyer de culpabilité d'une infraction réduite d'homicide involontaire coupable. Son plaidoyer de culpabilité a été accepté et en conséquence, le 16 août 1995, il a été condamné à une peine de 12 ans de pénitencier.

Comme on l'a vu, le pourvoi porte sur le verdict consécutif au plaidoyer de culpabilité, à l'égard d'une accusation réduite d'homicide involontaire. Ce second verdict annulé, il faut examiner si notre Cour devrait envisager de renvoyer l'appellant à son procès sur une accusation de meurtre au second degré, comme la Cour d'appel l'avait décidé à la suite du premier appel, par application de l'arrêt *Harbottle*. Un renvoi de l'appellant sur une telle accusation représenterait une injustice en tenant compte tant de la gravité de la violation de ses droits que des traits particuliers de son dossier, notamment de la période d'incarcération qu'il a déjà vécue. Condamné pour homicide involontaire, il a purgé

124

125

126

sentence and is eligible for parole. If he had been found guilty of second degree murder, he would undoubtedly be approaching eligibility for parole.

127

In this context, we must find the appropriate solution by applying s. 24(1) of the *Charter*. As we know, that provision must be interpreted broadly and liberally, to ensure the achievement of its purpose, namely to protect the rights guaranteed by the *Charter* by providing for complete, effective and appropriate remedies when those rights are infringed. It gives the courts very broad discretion, which they may use to define appropriate and just remedies where rights protected by the *Charter* are infringed (*Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104 (*per Sopinka J.*); *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81, at paras. 18 *et seq.*; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 649; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965 (*per McIntyre J.*); *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at pp. 619-20 (*per Wilson J.*); *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62).

128

The functional and structural approach adopted by this Court in *974649 Ontario* allows wide latitude in assessing and devising appropriate remedies, provided that those remedies are of such a nature as to fall within the roles and functions of appellate courts in this case. The prosecution's suggestion that a new trial be ordered on the charge of second degree murder seems to be unjust on its face, because it would amount to punishing the appellant Duguay for succeeding in having his guilty plea and his conviction on the reduced charge of manslaughter quashed. If it were possible, a new trial on a reduced charge of manslaughter would also be an unfair burden for the appellant Duguay, who has already, in effect, been punished for that offence. A stay of proceedings is therefore the appropriate remedy that is called for. The appellant Duguay was incarcerated for the period extending from his conviction for first degree murder on February 1, 1991, until the Court of Appeal ordered the new trial on June 12, 1995. He then agreed to admit that he was guilty of a reduced charge of manslaughter and was

huit années complètes de sa peine de douze ans et est admissible à une libération conditionnelle. S'il avait été reconnu coupable de meurtre au second degré, il serait sans doute à la veille d'être admissible à une libération conditionnelle.

Dans ce contexte, il faut trouver la solution appropriée dans l'application du par. 24(1) de la *Charte*. On sait que cette disposition doit recevoir une interprétation large et libérale, qui assure la réalisation de son objet, soit de protéger les droits garantis par la *Charte* en assurant des réparations complètes, efficaces et utiles en cas d'atteinte à ceux-ci. Elle accorde aux tribunaux un vaste pouvoir discrétionnaire, qui leur permet de définir des réparations convenables et justes en cas de violation des droits protégés par la *Charte* (*Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 104 (le juge Sopinka); *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81, par. 18 *et suiv.*; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 649; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965 (le juge McIntyre); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 619-620 (la juge Wilson); *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62).

L'approche fonctionnelle et structurelle adoptée par notre Cour dans l'arrêt *974649 Ontario* laisse une grande liberté d'appréciation et de conception de la nature des réparations appropriées, pourvu qu'elles correspondent par leur nature aux rôles et fonctions des cours d'appel dans le présent cas. La suggestion de la poursuite d'ordonner un nouveau procès sur l'accusation de meurtre au second degré paraît clairement injuste parce qu'elle se trouverait à punir l'appelant Duguay pour avoir réussi à faire annuler son plaidoyer de culpabilité et sa condamnation sur l'accusation réduite d'homicide involontaire. S'il était possible, un nouveau procès sur une accusation réduite d'homicide involontaire représenterait lui aussi un fardeau injuste pour l'appelant Duguay, qui a déjà été effectivement puni pour une telle infraction. L'arrêt des procédures s'impose alors comme réparation appropriée. En effet, l'appelant Duguay a été détenu durant la période comprise entre sa condamnation pour meurtre au premier degré le 1<sup>er</sup> février 1991 et l'ordonnance de nouveau procès prononcée par la Cour d'appel le

consequently sentenced to a term of 12 years in penitentiary. Today, he has served eight years of that sentence and has been eligible for parole since August 16, 1999. Ordering a new trial when the accused has already served so much of his sentence would contribute to perpetuating an injustice and would tarnish the integrity of our judicial system. This is plainly one of those cases where a stay of proceedings is warranted, because “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” (*Conway, supra*, at p. 1667, quoting *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37, and the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 941; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 615-16). In this case, in my opinion, the need to avoid offending fair play and decency prevails over society’s interest in the prosecution of criminal cases. This Court is faced here with one of those situations in which the proper administration of justice will be best served by a stay of proceedings (*Conway*, at p. 1667). A resumption of the proceedings, so that the trial judge could find, at the end of those proceedings, that the accused has already effectively spent the time in prison that is normally imposed in the case of any term to which he might be sentenced if he were convicted does not seem to be in the public interest in any sense, and places an excessive burden on the appellant. At some point or other, in circumstances like these, a stay of proceedings seems to be virtually inevitable.

This Court has repeatedly held that there is not necessarily an abuse of process in a case in which bad faith or malice on the part of the State can be shown (*Conway*, at p. 1668; *Keyowski, supra*, at p. 659). In cases involving multiple trials, the courts have held that the fact that an accused has already served a significant portion of his or her sentence is a relevant factor in determining whether an order for a new trial would be an abuse. At issue in *Keyowski*,

12 juin 1995. Il a ensuite accepté de se reconnaître coupable d’une infraction réduite d’homicide involontaire et a en conséquence été condamné à une peine de 12 ans de pénitencier. Il a aujourd’hui purgé huit ans de cette peine et il est admissible à une libération conditionnelle depuis le 16 août 1999. Le fait d’ordonner un nouveau procès alors que l’accusé a déjà purgé une telle partie de sa peine contribuerait à perpétuer une injustice et porterait atteinte à l’intégrité de notre système judiciaire. Il s’agit manifestement d’un de ces cas où l’arrêt des procédures est justifié puisque « 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 » et pour « empêcher l’abus des procédures de la cour par une procédure oppressive et vexatoire » (*Conway, précité*, p. 1667, citant *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, p. 136-137, ainsi que la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, p. 658-659; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, p. 941; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 615-616). En l’espèce, à mon avis, le souci d’éviter l’atteinte au franc-jeu et à la décence l’emporte sur l’intérêt de la société d’assurer que les infractions soient poursuivies. Notre Cour se trouve ici devant une de ces situations où la bonne administration de la justice sera mieux servie par un arrêt des procédures (*Conway*, p. 1667). Une reprise des procédures pour que le juge du procès constate au terme de nouveaux débats que l’accusé a déjà effectivement passé en prison le temps normalement prévu dans le cas de toute peine à laquelle il pourrait être condamné, si sa culpabilité était reconnue, ne paraît nullement dans l’intérêt public, tout en imposant un fardeau démesuré à l’appellant. À un moment ou l’autre, dans de pareilles circonstances, l’arrêt des procédures paraît presque inévitable.

Notre Cour a affirmé à maintes reprises qu’un abus des procédures ne résulte pas nécessairement d’un cas où la mauvaise foi ou la malveillance de l’État peut être démontrée (*Conway*, p. 1668; *Keyowski, précité*, p. 659). Dans des affaires concernant des procès multiples, les tribunaux ont considéré que le fait qu’un accusé ait déjà purgé une partie importante de sa peine constitue un facteur pertinent afin de déterminer si une ordonnance de nouveau procès

was whether a series of trials could *per se* constitute an abuse of process or whether it is necessary for the accused to show prosecutorial misconduct. More precisely, this Court had to decide whether the appellant should stand trial a third time on a charge of criminal negligence causing death. The trial judge had stayed the proceedings on the ground that ordering a third trial would be abusive and contrary to s. 7 of the *Charter*. The Court of Appeal had reversed that decision and ordered a new trial. This Court affirmed the decision of the Court of Appeal and ordered a third trial, on the ground that it was not “one of those ‘clearest of cases’ which would justify a stay” (pp. 659-60). One of the reasons stated by this Court was the fact that the appellant had not been held in detention, thus tacitly acknowledging that a long period of detention is a relevant factor in determining whether an order directing a new trial would result in an abuse of process.

serait abusive. Dans l’arrêt *Keyowski*, il s’agissait de déterminer si une série de procès peut constituer en soi un abus de procédure ou s’il incombe à l’accusé de démontrer que la poursuite s’est conduite de façon blâmable. Plus précisément, notre Cour était appelée à décider si l’appellant devait subir un troisième procès relativement à une accusation d’avoir, par négligence criminelle, causé la mort d’une autre personne. Le juge du procès avait suspendu les procédures au motif qu’ordonner un troisième procès serait abusif et contraire à l’art. 7 de la *Charte*. La Cour d’appel avait infirmé cette décision et ordonné un nouveau procès. Notre Cour a confirmé la décision de la Cour d’appel et ordonné un troisième procès, considérant qu’il ne s’agissait pas « d’un de ces “cas les plus manifestes” qui justifieraient la suspension d’instance » (p. 659-660). Entre autres motifs, notre Cour a souligné le fait que l’appellant n’avait pas été mis en détention, reconnaissant ainsi implicitement qu’une longue période de détention constitue un facteur pertinent afin de déterminer si une ordonnance de nouveau procès entraînerait un abus de procédure.

130 In *R. v. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260, the Manitoba Court of Appeal had to determine whether ordering a fourth trial on a manslaughter charge constituted an abuse of process that justified staying the trial. At his third trial, the accused had been found guilty by the jury and sentenced to four years in penitentiary. The Court of Appeal dismissed the appeal, but decided that having regard to all the circumstances, including the fact that the accused had already been detained for fourteen months before his first trial, an order for a new trial would have constituted an abuse of process. This Court granted the appeal and ordered a stay of proceedings (*R. v. Jack*, [1997] 2 S.C.R. 334).

Dans la décision *R. c. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260, la Cour d’appel du Manitoba devait déterminer si le fait d’ordonner un quatrième procès pour homicide involontaire coupable constituait un abus de procédure justifiant la suspension du procès. Lors de son troisième procès, l’accusé avait été déclaré coupable par le jury et condamné à une peine de quatre ans de pénitencier. La Cour d’appel rejeta l’appel, mais décida que compte tenu de l’ensemble des circonstances, dont le fait que l’accusé avait déjà été détenu pendant une période de 14 mois avant son premier procès, une ordonnance de nouveau procès aurait constitué un abus de procédure. Notre Cour accueillit l’appel et ordonna l’arrêt des procédures (*R. c. Jack*, [1997] 2 R.C.S. 334).

131 In *R. v. Datey*, [1999] Q.J. No. 1567 (QL), the Quebec Court of Appeal ordered a stay of proceedings because of the fact that the accused had already served the term he had been sentenced to at his trial. The court held (at para. 8):

La Cour d’appel du Québec, dans l’affaire *R. c. Datey*, [1999] J.Q. n° 1567 (QL), a ordonné un arrêt des procédures en raison du fait que l’accusé avait déjà purgé la peine qui lui avait été imposée lors de son procès. La cour a jugé (au par. 8) :

[TRANSLATION] It would therefore be contrary to the appellant’s fundamental rights, *inter alia* the right to protection under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and

Il serait alors contraire aux droits fondamentaux de l’appellant, notamment à la protection que lui accorde l’article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés

Freedoms and to the guarantee in s. 12, to impose the burden of a new trial on him, with the risk of a conviction. In this context, in order to respect the guarantees of fundamental fairness in the criminal process, the Court is of the opinion that a stay of proceedings on the charges laid must be granted. In this context, the appeal as to sentence is moot.

More recently, in *R. v. Hunter* (2001), 155 C.C.C. (3d) 225, at para. 29, the Ontario Court of Appeal held that ordering a fifth trial for using a firearm in the commission of an offence, aggravated assault and possession of a prohibited weapon would be an abuse of process contrary to s. 7 of the *Charter*. The court therefore ordered a stay of proceedings. The relevant factors in determining whether a new trial should be ordered or a stay of proceedings directed under s. 24(1) of the *Charter* included the fact, stressed by the court, that the appellant had spent about seven months in preventive detention in addition to serving over three and a half years of his sentence. (See also *R. v. Mitchelson* (1992), 78 Man. R. (2d) 134 (C.A.); *R. v. P. (G.)* (1998), 128 C.C.C. (3d) 159 (Ont. C.A.), at para. 2; *R. v. L. (R.D.)* (1997), 60 Alta. L.R. (3d) 364 (Q.B.), at para. 241; *R. v. Sophonow*, [1985] M.J. No. 9 (QL) (C.A.), at para. 6; *R. v. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415 (Man. C.A.), at p. 461.)

Having regard to the fact that the appellant Duguay has in fact already been incarcerated for at least eight years, I find that a stay of proceedings is necessary to prevent what would be the perpetuation of an injustice. There is no other remedy that would cure the prejudice suffered by the appellant Duguay, on the particular facts of his case.

## VII. Conclusion and Disposition

Because I find that the Court of Appeal made numerous errors in its analysis and assessment of the fresh evidence, I would allow the appeals. In the case of the appellant Taillefer, I would quash the conviction and order that a new trial be held on a charge of first degree murder.

In the case of the appellant Duguay, I would grant leave to withdraw the guilty plea, quash the

et à la garantie de l'article 12, de lui imposer le fardeau d'un nouveau procès et le risque d'une condamnation. Dans ce contexte, pour respecter des garanties d'équité fondamentale du processus pénal, la Cour estime qu'un ordre d'arrêt de procédure, sous les accusations portées, doit être émis. Dans ce contexte, le pourvoi relatif à la peine est sans objet.

Plus récemment, dans l'affaire *R. c. Hunter* (2001), 155 C.C.C. (3d) 225, par. 29, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que d'ordonner un cinquième procès pour usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction, voies de fait graves et possession d'une arme prohibée, constituerait un abus de procédure contraire à l'art. 7 de la *Charte*. Elle a ordonné en conséquence un arrêt des procédures. Parmi les facteurs pertinents afin de déterminer si un nouveau procès devait être ordonné ou encore un arrêt des procédures prononcé en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, la cour a souligné le fait que l'appelant avait passé environ sept mois en détention préventive en plus d'avoir purgé plus de trois ans et demie de sa peine d'emprisonnement. (Voir également *R. c. Mitchelson* (1992), 78 Man. R. (2d) 134 (C.A.); *R. c. P. (G.)* (1998), 128 C.C.C. (3d) 159 (C.A. Ont.), par. 2; *R. c. L. (R.D.)* (1997), 60 Alta. L.R. (3d) 364 (B.R.), par. 241; *R. c. Sophonow*, [1985] M.J. No. 9 (QL) (C.A.), par. 6; *R. c. Sophonow (No. 2)* (1986), 25 C.C.C. (3d) 415 (C.A. Man.), p. 461.)

Compte tenu que, dans les faits, l'appelant Duguay a déjà été incarcéré durant au moins huit ans, j'estime qu'un arrêt des procédures s'impose afin de prévenir ce qui serait la perpétuation d'une injustice. Aucune autre réparation ne permettrait de remédier au préjudice subi par l'appelant Duguay, dans les circonstances propres à son dossier.

## VII. Conclusion et dispositif

Comme j'estime que la Cour d'appel a commis de nombreuses erreurs dans son analyse et son appréciation de la nouvelle preuve, j'accueillerais les pourvois. Dans le dossier de l'appelant Taillefer, j'annulerais la condamnation et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès sur une accusation de meurtre au premier degré.

Dans le dossier de l'appelant Duguay, j'autoriserais le retrait du plaidoyer de culpabilité,

132

133

134

135



conviction and, applying s. 24(1) of the *Charter*, direct a stay of proceedings.

*Appeals allowed.*

*Solicitor for the appellant Billy Taillefer: Johanne St-Gelais, Montréal.*

*Solicitors for the appellant Hugues Duguay: Filteau & Belleau, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.*

j'annulerais la condamnation et, par application du par. 24(1) de la *Charte*, je prononcerais un arrêt des procédures.

*Pourvois accueillis.*

*Procureur de l'appelant Billy Taillefer : Johanne St-Gelais, Montréal.*

*Procureurs de l'appelant Hugues Duguay : Filteau & Belleau, Montréal.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.*

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Communication Canada  
Canadian Government Publishing  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Communication Canada  
Les Éditions du gouvernement du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S9

---

Available from:  
Canadian Government Publishing  
Communication Canada  
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente auprès de :  
Les Éditions du gouvernement du Canada  
Communication Canada  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 2003 Vol. 3**

**3<sup>e</sup> cahier, 2003 Vol. 3**

**Cited as [2003] 3 S.C.R. 371-570**

**Renvoi [2003] 3 R.C.S. 371-570**

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
ANDRES GARIN  
LEE ANN GORMAN  
SALLY GRIFFIN

Legal Counsel / Conseillers juridiques  
KAREN LEVASSEUR  
ARCHIBALD MCDONALD  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
NICOLA SUTTON  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET  
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
GINETTE MIGNEAULT  
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
CHANTAL CORBEIL

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

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

## CONTENTS

### **Beals v. Saldanha**.....416

Conflict of laws — Foreign judgments — Enforcement — Action brought in Florida court over sale of Florida land valued at US\$8,000 — Florida court entering default judgment against defendants resident in Ontario — Jury subsequently awarding US\$210,000 in compensatory damages and US\$50,000 in punitive damages — Defendants not properly defending action according to Florida law and not moving to have default judgment set aside or appealing jury award for damages — Whether “real and substantial connection” test for enforcing interprovincial judgments should be extended to foreign judgments — Whether defence of fraud, public policy or natural justice established so that foreign judgment should not be enforced by Canadian courts — Whether enforcing foreign judgment constitutes violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Whether s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms can shield a Canadian defendant from enforcement of foreign judgment.

Judgments and orders — Foreign judgments — Enforcement — Rules relating to recognition and enforcement of foreign judgments by Canadian courts — Nature and scope of defences available to judgment debtor.

### **British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band**.....371

Costs — Interim costs — Principles governing exercise of court’s discretionary power to grant interim costs — Minister of Forests serving Indian Bands with stop-work orders for logging on Crown land without authorization — Bands claiming aboriginal title to lands — Minister applying to have proceedings remitted to trial list — Bands arguing that matter of aboriginal title should not go to trial as they lack financial resources to fund action or in alternative, requesting order that Crown pay interim costs to fund action in advance and in any event of cause — Whether Court of Appeal’s decision to grant interim costs should be upheld — Whether Court of Appeal had sufficient grounds to review exercise of chambers judge’s discretion — Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, ss. 52(11)(d), 57(9).

### **R. v. Wu**.....530

Criminal law — Sentencing — Conditional sentence — Possession of contraband cigarettes — Accused unable to pay minimum financial penalty mandated by Excise Act — Whether prison appropriate — Whether trial judge erred in imposing conditional sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 742.1 — Excise Act, R.S.C. 1985, c. E-14, s. 240(1).

## SOMMAIRE

### **Beals c. Saldanha**.....416

Droit international privé — Jugements étrangers — Exécution — Action intentée devant un tribunal de la Floride relativement à une vente de terrain pour la somme de 8 000 \$US — Tribunal de la Floride rendant un jugement par défaut contre des défendeurs résidant en Ontario — Jury accordant par la suite les sommes de 210 000 \$US à titre de dommages-intérêts compensatoires et de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs — Défaut des défendeurs de contester l’action correctement selon la loi de la Floride et de chercher à faire annuler le jugement par défaut ou de porter en appel l’attribution de dommages-intérêts par le jury — Le critère du « lien réel et substantiel », applicable à l’exécution des jugements d’une autre province, devrait-il également s’appliquer aux jugements étrangers? — A-t-on établi que le moyen de défense fondé sur la fraude, l’ordre public ou la justice naturelle s’applique de manière à empêcher les tribunaux canadiens d’exécuter le jugement étranger? — L’exécution du jugement étranger viole-t-elle l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — L’article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il protéger un défendeur canadien contre l’exécution d’un jugement étranger?

Jugements et ordonnances — Jugements étrangers — Exécution — Règles relatives à la reconnaissance et à l’exécution d’un jugement étranger par les tribunaux canadiens — Nature et portée des moyens de défense dont dispose le débiteur judiciaire.

### **Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan**.....371

Dépens — Provisions pour frais — Principes régissant l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de statuer sur les dépens — Signification par le ministre des Forêts aux bandes indiennes d’ordonnances de cessation des travaux pour avoir mené des activités d’exploitation forestière sur des terres publiques sans autorisation — Bandes soutenant qu’elles détiennent un titre aborigène sur les terres en question — Demande du ministre que l’instance soit inscrite pour instruction — Bandes plaidant que la question du titre aborigène ne doit pas faire l’objet d’une instruction parce qu’elles n’ont pas les ressources financières voulues pour financer un procès ou que la Couronne leur verse une provision pour frais pour le financement du procès quelle que soit l’issue de la cause — Faut-il confirmer la décision de la Cour d’appel d’attribuer une provision pour frais? — La Cour d’appel avait-elle des motifs suffisants pour réviser l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge en chambre? — Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, art. 52(11)d, 57(9).

### **R. c. Wu**.....530

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Possession de cigarettes

*Suite à la page suivante*

## **SOMMAIRE (Fin)**

de contrebande — Accusé incapable de payer l'amende minimale obligatoire prescrite par la Loi sur l'accise — L'emprisonnement était-il approprié? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en imposant un sursis à l'emprisonnement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 742.1 — Loi sur l'accise, L.R.C. 1985, ch. E-14, art. 240(1).

**Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia, as represented by the Minister of Forests** *Appellant*

v.

**Chief Dan Wilson, in his personal capacity and as representative of the Okanagan Indian Band, and all other persons engaged in the cutting, damaging or destroying of Crown Timber at Timber Sale Licence A57614** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, the Songhees Indian Band, the T'Sou-ke First Nation, the Nanoose First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively the "Te'mexw Nations"), and Chief Roger William, on his own behalf and on behalf of all other members of the Xeni Gwet'in First Nations government and on behalf of all other members of the Tsilhqot'in Nation** *Intervenors*

and between

**Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia, as represented by the Minister of Forests** *Appellant*

v.

**Chief Ronnie Jules, in his personal capacity and as representative of the Adams Lake Indian Band, Chief Stuart Lee, in his**

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, représentée par le ministre des Forêts** *Appelante*

c.

**Chef Dan Wilson, à titre personnel et en qualité de représentant de la Bande indienne Okanagan, et toutes les autres personnes qui coupent, endommagent ou détruisent du bois de la Couronne sur la terre publique visée par le permis de vente de bois A57614** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, Bande indienne des Songhees, Première nation des T'Sou-ke, Première nation de Nanoose et Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées « Nations des Te'mexw »), et chef Roger William, en son nom, en celui de tous les autres membres du gouvernement des Premières nations Xeni Gwet'in et en celui de tous les autres membres de la Nation des Tsilhqot'in** *Intervenants*

et entre

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, représentée par le ministre des Forêts** *Appelante*

c.

**Chef Ronnie Jules, à titre personnel et en qualité de représentant de la Bande indienne d'Adams Lake, chef Stuart Lee, à titre**

**personal capacity and as representative of the Spallumcheen Indian Band, Chief Arthur Manuel, in his personal capacity and as representative of the Neskonalith Indian Band, and David Anthony Nordquist, in his personal capacity and as representative of the Adams Lake Indian Band, the Spallumcheen Indian Band and the Neskonalith Indian Band, and all other persons engaged in the cutting, damaging or destroying of Crown Timber at Timber Sale Licence A38029, Block 2 Respondents**

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, the Songhees Indian Band, the T'Sou-ke First Nation, the Nanoose First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively the "Te'mexw Nations"), and Chief Roger William, on his own behalf and on behalf of all other members of the Xení Gwet'in First Nations government and on behalf of all other members of the Tsilhqot'in Nation Intervenors**

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF FORESTS) v. OKANAGAN INDIAN BAND**

**Neutral citation: 2003 SCC 71.**

File Nos.: 28988, 28981.

2003: June 9; 2003: December 12.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**personnel et en qualité de représentant de la Bande indienne de Spallumcheen, chef Arthur Manuel, à titre personnel et en qualité de représentant de la Bande indienne de Neskonalith, et David Anthony Nordquist, à titre personnel et en qualité de représentant de la Bande indienne d'Adams Lake, de la Bande indienne de Spallumcheen et de la Bande indienne de Neskonalith, et toutes les autres personnes qui coupent, endommagent ou détruisent du bois de la Couronne sur la terre publique visée par le permis de vente de bois A38029 (bloc 2) Intimés**

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, Bande indienne des Songhees, Première nation des T'Sou-ke, Première nation de Nanoose et Bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées « Nations des Te'mexw »), et chef Roger William, en son nom, en celui de tous les autres membres du gouvernement des Premières nations Xení Gwet'in et en celui de tous les autres membres de la Nation des Tsilhqot'in Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES FORÊTS) c. BANDE INDIENNE OKANAGAN**

**Référence neutre : 2003 CSC 71.**

N<sup>os</sup> du greffe : 28988, 28981.

2003 : 9 juin; 2003 : 12 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.



ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Costs — Interim costs — Principles governing exercise of court's discretionary power to grant interim costs — Minister of Forests serving Indian Bands with stop-work orders for logging on Crown land without authorization — Bands claiming aboriginal title to lands — Minister applying to have proceedings remitted to trial list — Bands arguing that matter of aboriginal title should not go to trial as they lack financial resources to fund action or in alternative, requesting order that Crown pay interim costs to fund action in advance and in any event of cause — Whether Court of Appeal's decision to grant interim costs should be upheld — Whether Court of Appeal had sufficient grounds to review exercise of chambers judge's discretion — Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, ss. 52(11)(d), 57(9).*

In 1999, members of the four respondent Bands began logging on Crown land in B.C. without authorization under the *Forest Practices Code of British Columbia Act*. The Minister of Forests served the Bands with stop-work orders under the Code, and commenced proceedings to enforce the orders. The Bands claimed that they had aboriginal title to the lands in question and were entitled to log them. They filed a notice of constitutional question challenging the Code as conflicting with their constitutionally protected aboriginal rights. The Minister then applied to have the proceedings remitted to the trial list instead of being dealt with in a summary manner. The Bands argued that the matter should not go to trial, because they lacked the financial resources to fund a protracted and expensive trial. In the alternative, they argued that the court, in the exercise of its powers to attach conditions to a discretionary order and to make orders as to costs, should order a trial only if it also ordered the Crown to pay their legal fees and disbursements in advance and in any event of the cause. The B.C. Supreme Court held that the case should be remitted to the trial list and declined to order the Minister to pay the Bands' costs in advance of the trial. The Court of Appeal allowed the Bands' appeal. The decision to remit the matter of the Bands' aboriginal rights or title to trial was upheld. The court concluded, however, that although the Bands did not have a constitutional right to legal fees funded by the provincial Crown the court did have a discretionary

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

*Dépens — Provisions pour frais — Principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de statuer sur les dépens — Signification par le ministre des Forêts aux bandes indiennes d'ordonnances de cessation des travaux pour avoir mené des activités d'exploitation forestière sur des terres publiques sans autorisation — Bandes soutenant qu'elles détiennent un titre aborigène sur les terres en question — Demande du ministre que l'instance soit inscrite pour instruction — Bandes plaidant que la question du titre aborigène ne doit pas faire l'objet d'une instruction parce qu'elles n'ont pas les ressources financières voulues pour financer un procès ou que la Couronne leur verse une provision pour frais pour le financement du procès quelle que soit l'issue de la cause — Faut-il confirmer la décision de la Cour d'appel d'attribuer une provision pour frais? — La Cour d'appel avait-elle des motifs suffisants pour réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge en chambre? — Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, art. 52(11)(d), 57(9).*

En 1999, des membres des quatre bandes indiennes intimées ont commencé l'exploitation forestière sur des terres publiques en C.-B. sans l'autorisation requise par la *Forest Practices Code of British Columbia Act*. Le ministre des Forêts a signifié aux Bandes des ordonnances de cessation des travaux en vertu du Code et a introduit une instance afin de les faire respecter. Les Bandes ont soutenu qu'elles détenaient un titre aborigène sur les terres en question et qu'elles avaient le droit d'y mener des activités d'exploitation forestière. Elles ont déposé un avis de question constitutionnelle contestant le Code au motif qu'il contrevient à leurs droits ancestraux garantis par la Constitution. Le ministre a alors demandé que l'instance soit inscrite pour instruction au lieu d'être tranchée par procédure sommaire. Les Bandes ont prétendu que l'affaire ne devait pas faire l'objet d'une instruction parce qu'elles n'avaient pas les ressources financières voulues pour financer un procès long et coûteux. Subsidiairement, elles ont prétendu que, dans l'exercice de ses pouvoirs d'assortir de conditions l'ordonnance discrétionnaire et de statuer sur les dépens, la cour ne devait ordonner la tenue d'une instruction que si elle donnait également à la Couronne l'ordre de payer à l'avance leurs honoraires et débours d'avocats, quelle que soit l'issue de la cause. La Cour suprême de la C.-B. confirme que l'affaire doit être inscrite pour instruction et refuse d'ordonner au ministre de payer à l'avance les dépenses des Bandes. La Cour d'appel accueille l'appel des Bandes. La

power to order interim costs. It ordered the Crown to pay such legal costs of the Bands as ordered by the chambers judge from time to time, subject to detailed terms that it imposed so as to encourage the parties to minimize unnecessary steps in the dispute and to resolve as many issues as possible by negotiation.

*Held* (Iacobucci, Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.: The Court of Appeal's decision to grant interim costs to the Bands should be upheld. The discretionary power to award interim costs in appropriate cases has been recognized in Canada. Concerns about access to justice and the desirability of mitigating severe inequality between litigants feature prominently in the rare cases where such costs are awarded. The power to order interim costs is inherent in the nature of the equitable jurisdiction as to costs, in the exercise of which the court may determine at its discretion when and by whom costs are to be paid. Several conditions must be present for an interim costs order to be granted. The party seeking the order must be impecunious to the extent that, without such an order, that party would be deprived of the opportunity to proceed with the case; the claimant must establish a *prima facie* case of sufficient merit to warrant pursuit; and there must be special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate.

In public interest litigation special considerations also come into play. Public law cases, as a class, can be distinguished from ordinary civil disputes. They may be viewed as a subcategory where the special circumstances that must be present to justify an award of interim costs are related to the public importance of the questions at issue in the case. It is for the trial court to determine in each instance whether a particular case, which might be classified as special by its very nature as a public interest case, is special enough to rise to the level where the unusual measure of ordering costs

décision d'inscrire pour instruction la question du titre aborigène ou d'autres droits ancestraux des Bandes est confirmée. La cour conclut toutefois que, même si la Constitution ne garantit pas aux Bandes le paiement par la Couronne provinciale des honoraires d'avocats, la cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement d'une provision pour frais. Elle ordonne à la Couronne de payer les honoraires et débours d'avocats des Bandes, selon ce que pourrait ordonner le juge en chambre, sous réserve de conditions détaillées qu'elle impose de manière à encourager les parties à un litige à éviter les démarches inutiles et à régler par la négociation le plus grand nombre possible de questions.

*Arrêt* (les juges Iacobucci, Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps : La décision de la Cour d'appel d'accorder une provision pour frais aux Bandes est confirmée. Le pouvoir discrétionnaire d'attribution de provisions pour frais dans certains cas a été reconnu au Canada. Les préoccupations concernant l'accès à la justice et l'opportunité d'atténuer les grandes inégalités entre les parties au litige occupent le premier plan dans les rares cas où de telles provisions pour frais sont accordées. Le pouvoir d'ordonner le paiement de frais provisoires est inhérent à la nature de la compétence en equity de statuer sur les dépens, et le tribunal peut, lorsqu'il l'exerce, décider à son gré à quel moment et par qui les dépens seront payés. Plusieurs conditions doivent être présentes pour qu'une provision pour frais soit accordée. La partie qui sollicite l'ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance de faire entendre sa cause; elle doit prouver *prima facie* que sa cause possède un fondement suffisant pour justifier son instruction devant le tribunal et il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel de ses pouvoirs.

Dans les causes d'intérêt public, des considérations particulières entrent également en jeu. Les causes de droit public en tant que catégorie se distinguent des litiges civils ordinaires. Elles peuvent être considérées comme une sous-catégorie dans laquelle les « circonstances particulières » qui sont nécessaires pour que l'on puisse justifier l'octroi de provisions pour frais tiennent à l'importance des questions en jeu pour le public. Il incombe au tribunal de première instance de décider dans chaque cas si une affaire qui peut être qualifiée de « particulière » de par son caractère d'intérêt public est

would be appropriate. The criteria that must be present to justify an award of interim costs in this kind of case are as follows: the party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial; the claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; and the issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.

Each of these criteria is met in this case. The Bands are impecunious and cannot proceed to trial without an order for interim costs. The case is of sufficient merit that it should go forward; the issues sought to be raised at trial are of profound importance to the people of B.C., both aboriginal and non-aboriginal, and their determination would be a major step towards settling the many unresolved problems in the Crown-aboriginal relationship in that province. In short, the circumstances of this case are indeed special, even extreme. The conditions attached to the costs order by the Court of Appeal ensure that the parties will be encouraged to resolve the matter through negotiation, which remains the ultimate route to achieving reconciliation between aboriginal societies and the Crown, and also that there will be no temptation for the Bands to drag out the process unnecessarily and to throw away costs paid by the Crown.

The Court of Appeal had sufficient grounds to review the exercise of discretion by the trial court. Discretionary decisions are not completely insulated from review. An appellate court may and should intervene where it finds that the trial judge has misdirected himself as to the applicable law or made a palpable error in his assessment of the facts. Two errors in particular vitiate the chambers judge's decision and call for appellate intervention. First, he overemphasized the importance of avoiding any order that involved prejudging the issues and erred when he concluded that his discretion did not extend so far as to empower him to make the order requested. Second, his finding that a contingent fee arrangement might be a viable alternative for funding the litigation does not appear to be supported by any evidence, and the prospect of the Bands' hiring counsel on a contingency basis seems

suffisamment particulière pour s'élever au niveau des causes où l'allocation inhabituelle de dépens constituerait une mesure appropriée. Les conditions qui doivent être réunies pour que l'octroi de provisions pour frais dans ce genre de cause soit justifié sont les suivantes : la partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal; la demande vaut *prima facie* d'être instruite et les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, elles revêtent une importance pour le public et elles n'ont pas encore été tranchées.

Il doit être satisfait à chacune de ces conditions. Les Bandes ne disposent pas de ressources suffisantes et ne peuvent faire entendre leur cause sans ordonnance de paiement d'une provision pour frais. L'affaire vaut d'être instruite. Les questions que l'on cherche à soulever au procès sont d'une importance cruciale pour la population de la C.-B., tant autochtone que non autochtone, et une décision à leur égard constituerait un pas majeur vers le règlement des nombreux problèmes en suspens entre la Couronne et les Autochtones dans cette province. Bref, les circonstances de l'espèce sont effectivement particulières, voire exceptionnelles. Les conditions dont la Cour d'appel a assorti l'ordonnance de paiement des dépens garantissent que les parties seront encouragées à régler le litige par la négociation, qui demeure ultimement la meilleure manière de réconcilier les sociétés autochtones et la Couronne. Elles garantissent également que les Bandes ne seront pas tentées d'étirer le processus inutilement et de dilapider la provision pour frais versée par la Couronne.

La Cour d'appel avait des motifs suffisants pour réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance. Les décisions discrétionnaires ne sont pas entièrement à l'abri de tout contrôle. Une cour d'appel peut et doit intervenir lorsqu'elle estime que le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne le droit applicable ou a commis une erreur manifeste dans son appréciation des faits. Deux erreurs en particulier vicient la décision du juge en chambre et appellent l'intervention en appel. Premièrement, le juge en chambre a trop insisté sur l'importance d'éviter de rendre une ordonnance par laquelle on se trouverait à préjuger des questions en litige et il a commis une erreur lorsqu'il a conclu que son pouvoir discrétionnaire n'allait pas jusqu'à lui permettre de rendre l'ordonnance demandée. Deuxièmement, sa conclusion qu'une entente d'honoraires conditionnels serait peut-être une solution de rechange viable quant

unrealistic in the particular circumstances of this case.

*Per Iacobucci, Major and Bastarache JJ. (dissenting):* The chambers judge interpreted the applicable principles correctly and there is no basis for reversing his discretion. Traditionally, costs are awarded after the ultimate trial or appellate decision and almost always to the successful party. However, the common law on interim costs has been more confined and interim costs have been awarded in two circumstances: in marital cases where some liability is presumed and the indemnificatory purpose of the costs power is fulfilled; and in corporate and trust cases where the court grants advanced costs to be paid by the corporation or trust for whose benefit the action is brought. Courts may also award interim costs in child custody cases. The reason for such restrictive use is apparent since awarding costs in advance could be seen as prejudging the merits and the objectivity of the court making such an order will almost automatically be questioned. The awarding of interim costs in the circumstances of this appeal appears as a form of judicially imposed legal aid. Interim costs should not be expanded to engage the court in essentially funding litigation for impecunious parties and ensuring their access to court. The new criteria endorsed by the majority broaden the scope of interim costs to an undesirable extent and are not supported in the case law. Such developments should be initiated by trial courts properly exercising their discretionary power, not the appellate reversal of that discretion. A case must be exceptional in order to attract interim costs; however, the majority accept that most public interest cases would satisfy this criterion and leave to the discretion of the trial judge the decision as to whether the case is "special enough" to warrant an order. The difficulty for the trial judge is that this does not provide any ascertainable standard or direction. Even if such special circumstances were to be considered, there is nothing to distinguish the present aboriginal land claims from any other. Further, one may not presume that the Bands will establish even partial aboriginal title in the cases under appeal. The *ratio* of the common law dictates the following three guidelines for the discretionary, extraordinary award of interim costs: the party seeking the interim costs cannot afford to fund the litigation, and has no other realistic manner of proceeding with the case; there is a special relationship between the parties such that an award of interim costs or support would be particularly appropriate; and it is presumed that the party seeking

au financement du litige ne paraît étayée par aucun élément de preuve, et la perspective que les Bandes puissent retenir les services d'un avocat sur une base d'honoraires conditionnels semble irréaliste dans les circonstances particulières de l'espèce.

*Les juges Iacobucci, Major et Bastarache (dissidents):* Le juge en chambre a correctement interprété les principes applicables et il n'y a aucune raison d'infirmar sa décision discrétionnaire. Traditionnellement, les dépens sont attribués après que la décision finale a été rendue en première instance ou en appel et ils le sont presque toujours en faveur de la partie gagnante. Toutefois, les règles de common law en matière de provisions pour frais ont vu leur application restreinte et des provisions pour frais ont été accordées dans deux sortes d'affaires : dans des affaires de droit matrimonial où l'on présume une certaine responsabilité et où l'octroi des dépens répond à l'objectif d'indemnisation; dans des affaires en matière de sociétés ou de fiducie où le tribunal ordonne à la société ou à la fiduciaire pour laquelle l'action est intentée de payer la provision pour frais. Les tribunaux peuvent également accorder des provisions pour frais dans les affaires de garde d'enfants. La raison de cette application restreinte est apparente vu le risque que l'octroi de dépens avant l'instruction soit perçu comme laissant préjuger de l'issue de la cause et vu que l'objectivité du tribunal qui rend une telle ordonnance sera presque automatiquement remise en question. L'adjudication d'une provision pour frais dans les circonstances de l'espèce apparaît comme une forme d'aide juridique imposée par le tribunal. Il ne faut pas étendre les provisions pour frais pour amener, essentiellement, le tribunal à financer le litige pour les parties sans ressources suffisantes et à garantir leur accès aux tribunaux. Les nouveaux critères approuvés par la majorité élargissent le champ d'application des provisions pour frais dans une mesure qui n'est pas souhaitable et ils ne sont pas étayés par la jurisprudence. Une telle évolution devrait être amorcée par les tribunaux de première instance dans l'exercice judiciaire de leur pouvoir discrétionnaire et non par l'annulation en appel de leurs décisions à cet égard. L'affaire doit être exceptionnelle pour ouvrir droit à une provision pour frais; toutefois, la majorité convient que la plupart des causes d'intérêt public répondraient à ce critère et laisse au juge de première instance le soin de décider si l'affaire est « suffisamment spéciale » pour justifier une ordonnance. La difficulté pour le juge de première instance est que cela ne constitue pas une norme ou une directive identifiable. Même s'il fallait prendre en compte de telles circonstances particulières, rien ne distingue les présentes revendications territoriales autochtones de toute autre revendication. De plus, on

interim costs will win some award from the other party. The chambers judge committed no error of law nor a palpable error in his assessment of the facts. Deference should be given to his decision not to exercise his discretion to grant interim costs.

#### Cases Cited

By LeBel J.

**Referred to:** *Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton-Wentworth Save the Valley Committee, Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 23; *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213; *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1997), 37 O.R. (3d) 464; *Skidmore v. Blackmore* (1995), 2 B.C.L.R. (3d) 201; *Kendall v. Hunt (No. 2)* (1979), 16 B.C.L.R. 295; *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada* (1986), 32 D.L.R. (4th) 292; *Re Lavigne and Ontario Public Service Employees Union (No. 2)* (1987), 60 O.R. (2d) 486, rev'd (1989), 67 O.R. (2d) 536, aff'd [1991] 2 S.C.R. 211; *Rogers v. Sudbury (Administrator of Ontario Works)* (2001), 57 O.R. (3d) 467; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, aff'g (1992), 10 O.R. (3d) 321, aff'g [1989] O.J. No. 205 (QL); *Jones v. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642; *Organ v. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210; *McDonald v. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527; *Woloschuk v. Von Amerongen*, [1999] A.J. No. 463 (QL), 1999 ABQB 306; *Roberts v. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL); *Amcan Industries Corp. v. Toronto-Dominion Bank*, [1998] O.J. No. 3014 (QL); *Turner v. Telecommunication Workers Pension Plan* (2001), 197 D.L.R. (4th) 533, 2001 BCCA 76; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)* (1995), 131 D.L.R. (4th) 273, rev'd [1999] 3 S.C.R. 46; *Earl v. Wilhelm* (2000), 199 Sask. R. 21, 2000 SKCA 68; *Benson v. Benson* (1994), 120 Sask. R. 17; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

ne peut présumer que les Bandes prouveront l'existence d'un titre aborigène, même partiel, dans les affaires faisant l'objet du pourvoi. Il faut satisfaire aux trois conditions suivantes pour que l'exception en common law soit justifiée quant à l'octroi discrétionnaire et extraordinaire de provisions pour frais : la partie qui demande une provision pour frais n'a pas les moyens d'agir en justice et ne dispose en réalité d'aucune autre source de financement; il existe entre les parties une relation spéciale telle que l'octroi d'une provision pour frais ou d'un soutien est particulièrement approprié; on présume que la partie qui demande une provision pour frais obtiendra une certaine compensation de la part de l'autre partie. Le juge en chambre n'a pas commis d'erreur en droit ni d'erreur manifeste dans son appréciation des faits. Il faut faire preuve de déférence à l'égard de sa décision de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder des provisions pour frais.

#### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton-Wentworth Save the Valley Committee, Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 23; *Ryan c. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213; *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1997), 37 O.R. (3d) 464; *Skidmore c. Blackmore* (1995), 2 B.C.L.R. (3d) 201; *Kendall c. Hunt (No. 2)* (1979), 16 B.C.L.R. 295; *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada* (1986), 32 D.L.R. (4th) 292; *Re Lavigne and Ontario Public Service Employees Union (No. 2)* (1987), 60 O.R. (2d) 486, inf. par (1989), 67 O.R. (2d) 536, conf. par [1991] 2 R.C.S. 211; *Rogers c. Sudbury (Administrator of Ontario Works)* (2001), 57 O.R. (3d) 467; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, conf. (1992), 10 O.R. (3d) 321, conf. [1989] O.J. No. 205 (QL); *Jones c. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642; *Organ c. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210; *McDonald c. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527; *Woloschuk c. Von Amerongen*, [1999] A.J. No. 463 (QL), 1999 ABQB 306; *Roberts c. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL); *Amcan Industries Corp. c. Toronto-Dominion Bank*, [1998] O.J. No. 3014 (QL); *Turner c. Telecommunication Workers Pension Plan* (2001), 197 D.L.R. (4th) 533, 2001 BCCA 76; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)* (1995), 131 D.L.R. (4th) 273, inf. par [1999] 3 R.C.S. 46; *Earl c. Wilhelm* (2000), 199 Sask. R. 21, 2000 SKCA 68; *Benson c. Benson* (1994), 120 Sask. R. 17; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

By Major J. (dissenting)

*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *McDonald v. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527; *Randle v. Randle* (1999), 254 A.R. 323, 1999 ABQB 954; *Roberts v. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL); *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925.

### Statutes and Regulations Cited

*Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, ss. 248, 249.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15.  
*Company Act*, R.S.B.C. 1996, c. 62, s. 201.  
*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 131(1).  
*Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159, ss. 96, 123.  
*Queen's Bench Rules*, Man. Reg. 553/88, r. 49.10.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 49.10, 57.01(1)(d), (2).  
*Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, rr. 1(12), 37(23) to 37(26), 52(11)(d), 57(9).

### Authors Cited

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2002).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 208 D.L.R. (4th) 301, 161 B.C.A.C. 13, 263 W.A.C. 13, 92 C.R.R. (2d) 319 (*sub nom. British Columbia (Ministry of Forests) v. Jules*), [2002] 1 C.N.L.R. 57, [2001] B.C.J. No. 2279 (QL), 2001 BCCA 647, allowing in part an appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135. Appeal dismissed, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. dissenting.

*Patrick G. Foy, Q.C.*, and *Robert J. C. Deane*, for the appellant.

Citée par le juge Major (dissident)

*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *McDonald c. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527; *Randle c. Randle* (1999), 254 A.R. 323, 1999 ABQB 954; *Roberts c. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL); *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.  
*Company Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 62, art. 201.  
*Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96, 123.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 248, 249.  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 131(1).  
*Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, règle 49.10.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 49.10, 57.01(1)(d), (2).  
*Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90, règles 1(12), 37(23) à 37(26), 52(11)d, 57(9).

### Doctrine citée

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2002).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 208 D.L.R. (4th) 301, 161 B.C.A.C. 13, 263 W.A.C. 13, 92 C.R.R. (2d) 319 (*sub nom. British Columbia (Ministry of Forests) c. Jules*), [2002] 1 C.N.L.R. 57, [2001] B.C.J. No. 2279 (QL), 2001 BCCA 647, qui a accueilli en partie un appel interjeté contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135. Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci, Major et Bastarache sont dissidents.

*Patrick G. Foy, c.r.*, et *Robert J. C. Deane*, pour l'appelante.

*Louise Mandell, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Clarine Ostrove and Reidar Mogerman*, for the respondents.

*Cheryl J. Tobias and Brian McLaughlin*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Lori R. Sterling and Mark Crow*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*René Morin, Gilles Laporte and Brigitte Bussières*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Gabriel Bourgeois, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Written submissions only by *George H. Copley, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Margaret Unsworth*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet*, for the interveners the Songhees Indian Band et al.

*Joseph J. Arvay, Q.C.*, and *David M. Robbins*, for the intervener Chief Roger William.

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

LEBEL J. —

## I. Introduction

These two appeals concern the inherent jurisdiction of the courts to grant costs to a litigant, in rare and exceptional circumstances, prior to the final disposition of a case and in any event of the cause (I will refer to a cost award of this nature as “interim costs”). Such a jurisdiction exists in British Columbia. This discretionary power is subject to stringent conditions and to the observance of

*Louise Mandell, c.r., Michael Jackson, c.r., Clarine Ostrove et Reidar Mogerman*, pour les intimés.

*Cheryl J. Tobias et Brian McLaughlin*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Lori R. Sterling et Mark Crow*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*René Morin, Gilles Laporte et Brigitte Bussières*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Gabriel Bourgeois, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *George H. Copley, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Margaret Unsworth*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

*Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet*, pour les intervenantes la bande indienne des Songhees et autres.

*Joseph J. Arvay, c.r.*, et *David M. Robbins*, pour l’intervenant le chef Roger William.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

Les deux présents pourvois ont trait à la compétence inhérente des tribunaux d’accorder des dépens à une partie au litige, dans des circonstances rares et exceptionnelles, avant le règlement définitif de l’affaire et quelle qu’en soit l’issue (j’appellerai « provision pour frais » l’avance provisoire d’honoraires et de débours de cette nature). Une telle compétence existe en Colombie-Britannique. Ce

appropriate procedural controls. In this case, for the reasons which follow, I would uphold the granting of interim costs to the respondents by the British Columbia Court of Appeal, and I would hold that the Court of Appeal had sufficient grounds to review the exercise of discretion by the trial court.

## II. Background

2 In the fall of 1999, members of the four respondent Indian bands (the “Bands”) began logging on Crown land in British Columbia without authorization under the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159 (the “Code”). The Bands’ respective tribal councils had purportedly authorized the harvesting of the timber, which was to be used to construct housing on the Bands’ reserves. The appellant Minister of Forests served the Bands with stop-work orders under the Code, and commenced proceedings to enforce the orders. The Bands claimed that they had aboriginal title to the lands in question and were entitled to log them. They filed a notice of constitutional question challenging ss. 96 and 123 of the Code as conflicting with their constitutionally protected aboriginal rights.

3 The Minister then applied under Rule 52(11)(d) of the *Rules of Court* of the Supreme Court of British Columbia, B.C. Reg. 221/90, to have the proceedings remitted to the trial list instead of being dealt with in a summary manner. The respondents argued that the matter should not go to trial, because they lacked the financial resources to fund a protracted and expensive trial — which, given the evidentiary challenges of proving a claim of aboriginal title, this would almost undoubtedly be. In the alternative, they argued that the court, in the exercise of its powers to attach conditions to a discretionary order under Rule 52(11)(d) and to make orders as to costs pursuant to Rule 57(9), should order a trial only if

pouvoir discrétionnaire est assujéti à des conditions rigoureuses et au respect de contrôles procéduraux applicables. En l’espèce, pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de confirmer la décision de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique d’attribuer une provision pour frais aux intimés et je conclus que la Cour d’appel avait des motifs suffisants pour réviser l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance.

## II. Le contexte

Au cours de l’automne 1999, des membres des quatre bandes indiennes intimées (les « Bandes ») ont commencé l’exploitation forestière sur des terres publiques en Colombie-Britannique sans l’autorisation requise par la *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159 (le « Code »). Les conseils tribaux respectifs des Bandes avaient prétendument autorisé la coupe du bois qui devait servir à construire des maisons sur les réserves des Bandes. L’appelant, le ministre des Forêts, a signifié aux Bandes des ordonnances de cessation des travaux en vertu du Code et a introduit une instance afin de les faire respecter. Les Bandes ont soutenu qu’elles détenaient un titre aborigène sur les terres en question et qu’elles avaient le droit d’y mener des activités d’exploitation forestière. Elles ont déposé un avis de question constitutionnelle contestant les art. 96 et 123 du Code au motif qu’ils contreviennent à leurs droits ancestraux garantis par la Constitution.

Le ministre a alors demandé, en vertu de l’al. 52(11)d des *Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90, que l’instance soit inscrite pour instruction au lieu d’être tranchée par procédure sommaire. Les intimés ont prétendu que l’affaire ne devait pas faire l’objet d’une instruction parce qu’ils n’avaient pas les ressources financières voulues pour financer un procès qui, vu la difficulté de faire la preuve d’un titre aborigène, serait certainement long et coûteux. Subsidièrement, ils ont prétendu que, dans l’exercice de ses pouvoirs d’assortir de conditions l’ordonnance discrétionnaire prévue à l’al. 52(11)d et de statuer sur les dépens en vertu du



it also ordered the Crown to pay their legal fees and disbursements in advance and in any event of the cause. In support of this position, they raised constitutional arguments on three grounds: a general right of access to justice that is implicit in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and flows from the primacy of the rule of law; the protection of aboriginal rights, as affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*; and equality rights under s. 15 of the *Charter*.

The respondents filed affidavit and documentary evidence in support of their claims of aboriginal title and rights. They also submitted evidence demonstrating that it was impossible for them to fund the litigation themselves. The evidence indicated that the Bands were all in extremely difficult financial situations. The chiefs deposed that their communities face grave social problems, including high unemployment rates, lack of housing, inadequate infrastructure, and lack of access to education. Many members of the respondent Bands who live off-reserve would like to return to their communities, but are unable to do so because there are not enough jobs and homes even for those who live on the reserves now. The Bands have been forced to run deficits to finance their day-to-day operations. The chiefs of the Spallumcheen and Neskonlith Bands deposed that they are close to having outside management of their finances imposed by the Department of Indian and Northern Affairs because their working capital deficits are so high.

The Bands' counsel estimated that the cost of a full trial would be \$814,010. The Bands say that they had no way to raise this much money; and that even if they did, there are many more pressing needs which would have to take priority over funding litigation. One of the most urgent needs is new housing — the very purpose for which, they say, they

par. 57(9), la cour ne devait ordonner la tenue d'une instruction que si elle donnait également à la Couronne l'ordre de leur verser une provision pour frais, quelle que soit l'issue de la cause. À l'appui de cette position, ils ont présenté des arguments constitutionnels de trois ordres : un droit général d'accès à la justice, qui est implicite dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui découle de la primauté du droit, la protection des droits ancestraux confirmés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*.

Les intimés ont déposé une preuve par affidavit et une preuve documentaire à l'appui de leur revendication du titre aborigène et d'autres droits ancestraux. Ils ont également déposé une preuve démontrant qu'il leur était impossible de financer le litige à eux seuls. Selon la preuve, les Bandes se trouvaient dans une situation financière extrêmement difficile. Les chefs ont attesté que leurs collectivités étaient aux prises avec de graves problèmes sociaux, notamment des taux de chômage élevés, une pénurie de logements, des infrastructures inadéquates et le manque d'accès à l'éducation. De nombreux membres des Bandes intimées qui vivent à l'extérieur des réserves aimeraient retourner vivre dans leurs collectivités, mais ne peuvent le faire parce qu'il n'y a déjà pas assez d'emplois et de logements pour ceux qui vivent actuellement dans les réserves. Les Bandes ont été obligées d'accumuler des déficits pour financer leurs activités de tous les jours. Les chefs des bandes de Spallumcheen et de Neskonlith ont attesté que le ministère des Affaires indiennes et du Nord était sur le point de leur imposer une gestion externe de leurs finances en raison de l'importance des déficits de leurs fonds de roulement.

Les avocats des Bandes ont estimé à 814 010 \$ le coût d'un procès complet. Les Bandes affirment qu'elles ne peuvent réunir une telle somme et que, même si elles en étaient capables, elles doivent répondre à des besoins plus urgents que le financement d'un litige. L'un des besoins les plus urgents est celui de nouveaux logements — pour

want to harvest timber from the land to which they claim title.

### III. Relevant Legislative Provisions

6 Supreme Court of British Columbia *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90

1(12) When making an order under these rules the court may impose terms and conditions and give directions as it thinks just.

52(11) On an application the court may

- (d) order a trial of the proceeding, either generally or on an issue, and order pleadings to be filed, and may give directions for the conduct of the trial and of pre-trial proceedings, and for the disposition of the application.

57(9) ... costs of and incidental to a proceeding shall follow the event unless the court otherwise orders.

### IV. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*, [2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135

7 Sigurdson J. held that the case could not be decided on the basis of documentary and affidavit evidence alone, and should therefore be remitted to the trial list. The evidence submitted by the Bands of their historical connection to the land was not sufficient in itself to dispose of the issue. Proving the Bands' aboriginal rights claims, which were contested by the Crown, would require historical, anthropological and archaeological evidence to be given by live witnesses and subjected to the detailed and rigorous testing of the trial process. The just resolution of the dispute required a trial and pleadings.

8 Sigurdson J. went on to consider whether he should impose a condition that the Minister pay the Bands' legal fees and disbursements. He began with the question of whether the court retained a general

la construction même desquels, disent-elles, elles veulent couper du bois sur les terres qu'elles revendiquent.

### III. Les dispositions législatives pertinentes

*Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90

[TRADUCTION]

1(12) La cour peut assortir toute ordonnance qu'elle rend en vertu des présentes règles des conditions et directives qu'elle juge équitables.

52(11) Sur demande la cour peut :

- d) ordonner l'instruction de l'instance, d'une façon générale ou sur un point particulier et ordonner le dépôt d'actes de procédure; elle peut aussi donner des directives relatives au déroulement du procès et des instances préparatoires à l'instruction, ainsi qu'au règlement de la demande.

57(9) ... les dépens de l'instance ou d'une mesure prise dans le cadre de celle-ci suivent, sauf ordonnance contraire de la cour, le sort de l'affaire.

### IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135

Le juge Sigurdson conclut que l'affaire ne peut être tranchée sur la seule base de la preuve documentaire et de la preuve par affidavit, et qu'elle doit donc être inscrite pour instruction. La preuve qu'ont soumise les Bandes pour démontrer leur lien historique avec la terre en question ne suffit pas en soi pour régler le litige. La preuve du bien-fondé des revendications des Bandes en matière de droits ancestraux, que conteste la Couronne, exigerait des témoignages d'experts en histoire, en anthropologie et en archéologie et leur vérification détaillée et rigoureuse au cours de l'instruction. Le règlement équitable du litige requiert la tenue d'un procès et des plaidoiries.

Le juge Sigurdson s'interroge ensuite sur l'opportunité d'imposer comme condition que le ministre paye les honoraires et débours d'avocats des Bandes. Il se demande d'abord si la cour possède la

jurisdiction to award interim costs in a proceeding. He noted that costs usually follow the event and are awarded at the conclusion of the proceedings. Referring to a line of Ontario cases where a narrow jurisdiction to award interim costs has been recognized, Sigurdson J. held that such a discretion also existed in British Columbia in exceptional circumstances. He noted that he was unaware of any cases where substantial amounts had been awarded prior to trial where a liability or right was seriously in issue.

Turning to the Bands' argument that constitutional norms applied to the exercise of his discretion over costs, Sigurdson J. held that those norms did not require an order of interim costs to be made in the Bands' favour. He acknowledged that the Bands would need to retain experienced counsel and experts, and that a trial would be complex and expensive. He also recognized that the Bands' poverty would make it difficult for them to put their case forward. In his view, however, these obstacles resulted from the nature of the case and from the Bands' financial circumstances, not from any interference with their constitutional rights. The Bands' s. 35 argument failed, he held, because there were no specific circumstances giving rise to a fiduciary obligation on the part of the Crown to negotiate with the Bands or to fund the litigation of their land claim.

Sigurdson J. declined to order the Minister to pay the Bands' costs in advance of the trial. He found that his jurisdiction to make such an order was very narrow and was limited by the principle that he could not prejudge the outcome of the case. In this case, liability was still in issue, and Sigurdson J. held that ordering the payment of costs in advance would involve prejudging the case on the merits. For this reason, he was of the view that he was precluded from making such an order. Sigurdson J. added a recommendation that the federal and provincial Crown consider providing funding to ensure that the cases, which had elements of test cases, would

compétence générale d'accorder une provision pour frais en cours d'instance. Il souligne que les dépens suivent habituellement le sort de l'affaire et qu'ils sont attribués au terme de l'instance. Citant des décisions ontariennes dans lesquelles on a reconnu l'existence d'une compétence limitée quant à l'attribution de provisions pour frais, le juge Sigurdson conclut qu'un pouvoir discrétionnaire semblable existe aussi en Colombie-Britannique dans des cas exceptionnels. Il rappelle qu'il ne connaît aucune affaire dans laquelle on a accordé une somme importante avant le procès et où une obligation ou un droit était sérieusement en litige.

Pour ce qui est de la prétention des Bandes que l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens est soumis à des normes constitutionnelles, le juge Sigurdson conclut que ces normes n'exigent pas une ordonnance de paiement d'une provision pour frais en faveur des Bandes. Il reconnaît que les Bandes devraient retenir les services d'experts et d'avocats chevronnés et qu'un procès serait complexe et onéreux. Il admet également qu'en raison de leur état d'indigence, les Bandes auraient de la difficulté à faire valoir leur cause. À son avis, toutefois, ces obstacles découlent de la nature de l'affaire et de la situation financière des Bandes, non d'une atteinte à leurs droits constitutionnels. Il conclut alors que la prétention des Bandes fondée sur l'art. 35 ne peut être retenue en l'absence de circonstances spécifiques imposant à la Couronne une obligation fiduciaire de négociation avec les Bandes ou de financement de la défense de leurs revendications territoriales.

Le juge Sigurdson refuse d'ordonner au ministre de payer à l'avance les honoraires et débours d'avocats des Bandes. Il estime que sa compétence pour rendre une telle ordonnance demeure très restreinte et qu'elle se trouve limitée par le principe qu'il ne peut préjuger de l'issue de la cause. En l'espèce, la question de la responsabilité n'est pas réglée et le juge Sigurdson conclut que, s'il ordonnait le versement d'une provision pour frais, il se trouverait à préjuger de l'affaire quant au fond. C'est pourquoi il estime qu'il ne peut rendre une telle ordonnance. Cependant, il recommande aussi que la Couronne, aussi bien fédérale que provinciale, envisage de

be properly resolved at trial. He also suggested that the litigation might be able to proceed if the Bands could work out a contingent fee arrangement with counsel.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647

11 Newbury J.A., writing for a unanimous panel, allowed the Bands' appeal of Sigurdson J.'s decision.

12 At the outset, Newbury J.A. noted that the Bands' claims, if they went to trial, would be the first to try aboriginal claims to title and other rights in respect of logging in British Columbia. She also summarized some of the affidavit evidence setting out the dire financial circumstances of the Bands.

13 Newbury J.A. upheld the chambers judge's decision to remit the matter of the Bands' aboriginal rights or title to trial. She agreed with him that the just determination of these issues required a trial. This holding was not raised on appeal to this Court.

14 On the question of funding the litigation, Newbury J.A. distinguished between a constitutional right to full funding of legal fees and disbursements, on the one hand, and on the other, the court's discretion to make orders as to "costs" as that term is used in the rules of court and in general legal parlance — meaning a payment to offset legal expenses, usually in an amount set by statutory guidelines, rather than payment of the actual amount owed by the client to his or her solicitor.

15 As far as a constitutional right to funding of the Bands' legal expenditures was concerned, Newbury J.A. substantially agreed with the reasons of the

fournir un appui financier de sorte que ces affaires, qui s'apparentent à des causes types, soient tranchées comme il se doit dans le cadre d'un procès. Il semble également indiquer que le litige pourrait être entendu si les Bandes pouvaient conclure une entente d'honoraires conditionnels avec leurs avocats.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647

La juge Newbury, au nom d'une formation unanime, accueille l'appel des Bandes contre la décision du juge Sigurdson.

Dès le départ, la juge Newbury souligne que, si les revendications des Bandes faisaient l'objet d'un procès, il s'agirait du premier procès sur la revendication d'un titre aborigène et d'autres droits ancestraux à l'égard de l'exploitation forestière en Colombie-Britannique. Elle résume aussi certains affidavits exposant la situation financière précaire des Bandes.

La juge Newbury confirme la décision du juge en chambre d'inscrire pour instruction la question du titre aborigène ou d'autres droits ancestraux. Elle convient avec lui qu'un règlement équitable de ces questions nécessite la tenue d'un procès. Cette décision n'a pas été remise en cause lors du pourvoi devant notre Cour.

À propos de la question du financement du litige, la juge Newbury établit une distinction entre, d'une part, un droit constitutionnel au paiement intégral des honoraires et débours et, d'autre part, le pouvoir discrétionnaire du tribunal de statuer sur les « dépens » au sens où ce terme est employé dans les règles de procédure et dans la langue juridique en général — c'est-à-dire le versement d'une somme destinée à couvrir les frais du recours à la justice, habituellement selon des lignes directrices prévues par la loi, et non le paiement de la somme réelle que le client doit à son avocat.

Au sujet de la question d'un droit constitutionnel des Bandes au paiement des honoraires et débours d'avocats, la juge Newbury souscrit pour l'essentiel

chambers judge. She held that the principle of access to justice did not extend so far as to oblige the government to fund litigants who could not afford to pay for legal representation in a civil suit. She also agreed with Sigurdson J. that s. 35 of the *Constitution Act, 1982* did not place an affirmative obligation on the government to provide funding for legal fees of an aboriginal band attempting to prove asserted aboriginal rights. Nothing in the specific circumstances of this case gave rise to a fiduciary expectation on the Bands' part that their legal fees would be funded. (She did not address the Bands' s. 15 arguments, which were not raised on appeal.) Newbury J.A. concluded that the Bands did not have a constitutional right to legal fees funded by the provincial Crown.

Newbury J.A. came to a different conclusion, however, on the matter of the court's discretion to order interim costs in favour of the Bands. She agreed with Sigurdson J. that this discretion existed, and that it was narrow in scope and restricted to narrow and exceptional circumstances. In her view, however, the circumstances of this case were indeed exceptional. Newbury J.A. held that the chambers judge had placed too much emphasis on concerns about prejudging the outcome, which in her view were diminished in light of the special circumstances of the case and the public interest in a proper resolution of the issues. She held that constitutional principles and the unique nature of the relationship between the Crown and aboriginal peoples were background factors that should inform the exercise of the court's discretion to order costs. Newbury J.A. held that the chambers judge had erred in failing to recognize that the case involved exceptional and unique circumstances which outweighed concerns about prejudging the outcome of the case.

aux motifs du juge en chambre. Elle conclut que le principe de l'accès à la justice ne va pas jusqu'à obliger le gouvernement à soutenir financièrement les parties qui n'ont pas les moyens de payer leur représentation par avocat dans une poursuite civile. Elle convient également avec le juge Sigurdson que l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'impose pas au gouvernement l'obligation positive de payer les honoraires d'avocats d'une bande autochtone qui tente de prouver l'existence de droits ancestraux. Rien dans les circonstances particulières de l'espèce ne permet aux Bandes d'invoquer l'existence d'une obligation fiduciaire relativement au paiement des honoraires d'avocats (la juge n'a pas examiné les prétentions fondées sur l'art. 15, lesquelles n'ont pas été soulevées en appel). La juge Newbury décide ainsi que la Constitution ne garantit pas aux Bandes le paiement par la Couronne provinciale de tels honoraires.

Cela dit, la juge Newbury arrive à une conclusion différente sur la question du pouvoir discrétionnaire de la cour d'ordonner le versement d'une provision pour frais aux Bandes. Elle convient avec le juge Sigurdson que ce pouvoir discrétionnaire existe, qu'il a une portée limitée et qu'on ne peut y recourir que dans des circonstances exceptionnelles bien précises. À son avis, toutefois, les circonstances de l'espèce sont effectivement exceptionnelles. La juge Newbury estime que le juge en chambre a trop insisté sur les préoccupations concernant le danger de préjuger de l'issue de la cause; selon elle, ces préoccupations se trouvent atténuées en raison des circonstances spéciales de l'espèce et de l'intérêt du public à ce que les questions en litige soient réglées comme il se doit. Elle conclut que les principes constitutionnels et le caractère unique de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones sont des facteurs fondamentaux qui doivent guider la cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de statuer sur les dépens. Selon son opinion, le juge en chambre a commis une erreur en ne reconnaissant pas que l'affaire présente des circonstances uniques et exceptionnelles qui doivent prévaloir sur toute préoccupation relative au danger de préjuger de l'issue de la cause.

17

Newbury J.A. held that, although the court had no discretion to order full funding of the Bands' case by the Crown, the chambers judge did have a discretionary power to order interim costs. She held that such an order should be made with conditions designed to provide concrete assistance to the Bands without exposing the Minister to unreasonable or excessive costs. She ordered the Crown to pay such legal costs of the Bands as ordered by the chambers judge from time to time, subject to detailed terms that she imposed so as to encourage the parties to minimize unnecessary steps in the dispute and to resolve as many issues as possible by negotiation. These terms, as found in the Court of Appeal Order dated November 5, 2001, are best stated in full:

AND THIS COURT FURTHER ORDERS that the Crown, in any event of the cause, pay such legal costs of the Bands, as that term is used and as the Chambers judge orders from time to time in accordance with the following:

- (a) Costs, as is referenced in paragraph [10] of the *Reasons for Judgment*;
- (b) Unless the Chambers judge concludes that special costs are warranted in this case, costs are to be calculated on the appropriate scale in light of the complexity and difficulty of the litigation;
- (c) Counsel are to consider whether costs could be saved by trying one of the four cases rather than all four at the same time. If counsel are unable to agree on that issue, they should seek directions from the Chambers judge. Counsel are also to use all other reasonable measures to minimize costs, and the Chambers judge may impose restrictions for this purpose;
- (d) The Province and the Bands are to attempt to agree on a procedure whereby the Bands upon incurring taxable costs and disbursements from time to time up to the end of the trial, will so advise the respondent, and provide such other 'backup' material as the Chambers judge may order. Such costs would be paid by the respondent within a given time-frame, unless the

La juge Newbury estime que, même si la cour ne possède pas le pouvoir discrétionnaire d'ordonner à la Couronne de financer au complet la cause des Bandes, le juge en chambre a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement d'une provision pour frais. Elle conclut qu'une telle ordonnance ne devrait être rendue que si elle est assortie de conditions visant à fournir une aide concrète aux Bandes sans pour autant exposer le ministre à des dépenses excessives ou déraisonnables. Elle ordonne alors à la Couronne de payer les honoraires et débours d'avocats des Bandes, selon ce que pourrait ordonner le juge en chambre, sous réserve de conditions détaillées qu'elle impose de manière à encourager les parties à un litige à éviter les démarches inutiles et à régler par la négociation le plus grand nombre possible de questions. Il est utile de reproduire intégralement ces conditions, qui figurent dans l'ordonnance du 5 novembre 2001 de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE EN OUTRE que la Couronne, quelle que soit l'issue de la cause, paye les honoraires et débours d'avocats des Bandes, au sens où ce terme est employé et selon ce que pourrait ordonner le juge en chambre, en conformité avec ce qui suit :

- a) Les dépens, au sens du par. [10] des *Motifs du jugement*.
- b) Sauf si le juge en chambre conclut que l'octroi d'honoraires et de débours spéciaux est justifié en l'espèce, ces derniers seront calculés selon le barème applicable compte tenu de la complexité et de la difficulté du litige.
- c) Les avocats devront examiner la possibilité de diminuer les coûts en ne faisant instruire qu'une seule des causes au lieu des quatre à la fois. S'ils n'arrivent pas à s'entendre sur cette question, ils devront demander des directives au juge en chambre. Ils prendront également toutes les autres mesures raisonnables pour réduire au minimum les dépenses et le juge en chambre pourra imposer des restrictions à cette fin.
- d) La Province et les Bandes devront tenter de s'entendre sur une procédure valide pour toute la durée de l'instruction en vertu de laquelle les Bandes, au fur et à mesure qu'elles engageront des frais et des débours taxables, aviseront l'intimée et fourniront toute pièce justificative que le juge en chambre pourra exiger. Ces honoraires et débours seront payés par l'intimée dans un délai

Province objects, in which case it shall refer the matter to the Chambers judge, who may order the taxation of the bill in the ordinary way;

- (e) If counsel are unable to agree on such procedures, the matter shall be taken back to the Chambers judge, who shall make directions in accordance with the spirit of these *Reasons*.

#### V. Issues

This case raises two issues: first, the nature of the court's jurisdiction in British Columbia to grant costs on an interim basis and the principles that govern its exercise; and second, appellate review of the trial court's discretion as to costs. The issue of a constitutional right to funding does not arise, as it was not relied on by the respondents in this appeal.

#### VI. Analysis

##### A. *The Court's Discretionary Power to Grant Interim Costs*

- (1) Traditional Costs Principles — Indemnifying the Successful Party

The jurisdiction of courts to order costs of a proceeding is a venerable one. The English common law courts did not have inherent jurisdiction over costs, but beginning in the late 13th century they were given the power by statute to order costs in favour of a successful party. Courts of equity had an entirely discretionary jurisdiction to order costs according to the dictates of conscience (see M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 1-1). In the modern Canadian legal system, this equitable and discretionary power survives, and is recognized by the various provincial statutes and rules of civil procedure which make costs a matter for the court's discretion.

In the usual case, costs are awarded to the prevailing party after judgment has been given. The

prescrit, sauf si la Province s'y oppose, auquel cas elle devra renvoyer l'affaire au juge en chambre, qui pourra ordonner la taxation du mémoire de frais de la manière habituelle.

- e) Si les avocats n'arrivent pas à s'entendre sur une telle procédure, l'affaire devra être renvoyée au juge en chambre, qui donnera des directives en conformité avec l'esprit des présents *Motifs*.

#### V. Les questions en litige

La présente affaire soulève deux questions : premièrement, la nature de la compétence des cours de la Colombie-Britannique d'accorder des provisions pour frais et les principes qui régissent l'exercice de cette compétence; deuxièmement, l'examen en appel du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance de statuer sur les dépens. La question d'un droit constitutionnel au financement ne se pose pas, car elle n'a pas été soulevée par les intimés en l'espèce.

#### VI. Analyse

##### A. *Le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accorder des provisions pour frais*

- (1) Les principes traditionnels relatifs à l'attribution de dépens — L'indemnisation de la partie ayant obtenu gain de cause

La compétence des tribunaux d'ordonner le paiement des dépens afférents à une procédure judiciaire existe depuis fort longtemps. Les cours anglaises de common law n'avaient pas de compétence inhérente pour statuer sur les dépens mais, dès la fin du 13<sup>e</sup> siècle, la loi leur a conféré le pouvoir d'adjuger les dépens à la partie gagnante. De plus, les cours d'equity détenaient une compétence entièrement discrétionnaire pour accorder les dépens au gré de leur conscience (voir M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 1-1). Dans le système juridique canadien moderne, ce pouvoir discrétionnaire fondé sur l'equity existe toujours et est reconnu par les diverses lois et règles de procédure civile provinciales, qui laissent la question des dépens à la discrétion de la cour.

Normalement, les dépens sont accordés à la partie gagnante après le prononcé du jugement. Dans

18

19

20

standard characteristics of costs awards were summarized by the Divisional Court of the Ontario High Court of Justice in *Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton-Wentworth Save the Valley Committee, Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 23, at p. 32, as follows:

- (1) They are an award to be made in favour of a successful or deserving litigant, payable by the loser.
- (2) Of necessity, the award must await the conclusion of the proceeding, as success or entitlement cannot be determined before that time.
- (3) They are payable by way of indemnity for allowable expenses and services incurred relevant to the case or proceeding.
- (4) They are *not* payable for the purpose of assuring participation in the proceedings. [Emphasis in original.]

21

The characteristics listed by the court reflect the traditional purpose of an award of costs: to indemnify the successful party in respect of the expenses sustained either defending a claim that in the end proved unfounded (if the successful party was the defendant), or in pursuing a valid legal right (if the plaintiff prevailed). Costs awards were described in *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (App. Div.), at p. 216, as being “in the nature of damages awarded to the successful litigant against the unsuccessful, and by way of compensation for the expense to which he has been put by the suit improperly brought”.

(2) Costs as an Instrument of Policy

22

These background principles continue to govern the law of costs in cases where there are no special factors that would warrant a departure from them. The power to order costs is discretionary, but it is a discretion that must be exercised judicially, and accordingly the ordinary rules of costs should be followed unless the circumstances justify a different approach. For some time, however, courts have recognized that indemnity to the successful party is

*Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton-Wentworth Save the Valley Committee, Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 23, p. 32, la Cour divisionnaire de la Haute Cour de justice de l'Ontario résume ainsi les caractéristiques habituelles de l'octroi des dépens :

[TRADUCTION]

- (1) Les dépens sont alloués à la partie victorieuse ou méritoire et sont payables par la partie qui succombe.
- (2) Par la force des choses, les dépens ne sont accordés qu'à la fin de l'instance étant donné qu'on ne peut savoir d'avance qui aura gain de cause.
- (3) Ils sont payables à titre d'indemnité pour les dépenses et les services admissibles afférents à l'instance.
- (4) Ils *ne* sont *pas* versés dans le but de garantir la participation à l'instance. [En italique dans l'original.]

Les caractéristiques énumérées par la cour traduisent le but traditionnel de l'octroi des dépens : indemniser la partie gagnante des dépenses qu'elle a engagées soit pour se défendre contre une action qui, en fin de compte, s'est révélée sans fondement (si le défendeur a obtenu gain de cause), soit pour faire reconnaître un droit valide (si le demandeur a obtenu gain de cause). L'attribution des dépens est décrite dans *Ryan c. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (Div. app.), p. 216, comme [TRADUCTION] « participant de la nature des dommages-intérêts accordés au gagnant contre le perdant, à titre de compensation des dépenses qu'il a dû engager en raison de la poursuite non fondée ».

(2) L'attribution de dépens comme instrument de politique juridique

Ces principes fondamentaux continuent à régir les règles de droit relatives à l'attribution de dépens dans les affaires où aucun facteur particulier ne justifierait qu'on y déroge. Le pouvoir d'adjudication de dépens demeure discrétionnaire, mais c'est un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé de façon judiciaire et il faut donc suivre les règles ordinaires relatives à cette question à moins que les circonstances ne justifient une approche différente. Depuis



not the sole purpose, and in some cases not even the primary purpose, of a costs award. Orkin, *supra*, at p. 2-24.2, has remarked that:

The principle of indemnification, while paramount, is not the only consideration when the court is called on to make an order of costs; indeed, the principle has been called “outdated” since other functions may be served by a costs order, for example to encourage settlement, to prevent frivolous or vexatious [*sic*] litigation and to discourage unnecessary steps.

The indemnification principle was referred to as “outdated” in *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1997), 37 O.R. (3d) 464 (Gen. Div.), at p. 475. In this case the successful party was a law firm, one of whose partners had acted on its behalf. Traditionally, courts applying the principle of indemnification would allow an unrepresented litigant to tax disbursements only and not counsel fees, because the litigant could not be indemnified for counsel fees it had not paid. Macdonald J. held that the principle of indemnity remained a paramount consideration in costs matters generally, but was “outdated” in its application to a case of this nature. The court should also use costs awards so as to encourage settlement, to deter frivolous actions and defences, and to discourage unnecessary steps in the litigation. These purposes could be served by ordering costs in favour of a litigant who might not be entitled to them on the view that costs should be awarded purely for indemnification of the successful party.

Similarly, in *Skidmore v. Blackmore* (1995), 2 B.C.L.R. (3d) 201, the British Columbia Court of Appeal stated at para. 28 that “the view that costs are awarded solely to indemnify the successful litigant for legal fees and disbursements incurred is now outdated”. The court held that self-represented lay litigants should be allowed to tax

un certain temps, toutefois, les tribunaux reconnaissent que l’indemnisation de la partie victorieuse ne constitue pas le seul objectif et, dans certains cas, pas même l’objectif principal de l’attribution de dépens. Voici ce qui est écrit dans Orkin, *op. cit.*, p. 2-24.2 :

[TRADUCTION] Le principe de l’indemnisation, bien que primordial, n’est pas la seule considération retenue par le tribunal appelé à rendre une ordonnance de paiement des dépens; ce principe a même été qualifié de « désuet » puisqu’une telle ordonnance peut servir d’autres fins, par exemple encourager les règlements, prévenir les litiges futiles ou vexatoires et décourager les démarches inutiles.

Le principe de l’indemnisation a été qualifié de « désuet » dans la décision *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1997), 37 O.R. (3d) 464 (Div. gén.), p. 475. Dans cette affaire, la partie victorieuse était un cabinet d’avocats. L’un de ses associés avait agi pour le compte de ce dernier. Traditionnellement, les tribunaux qui appliquent le principe de l’indemnisation permettent à une partie non représentée de taxer uniquement les débours et non les honoraires d’avocats, la partie ne pouvant être indemnisée des honoraires d’avocats qu’elle n’a pas payés. La juge Macdonald a estimé que, d’une manière générale, le principe de l’indemnisation demeurerait toujours une considération primordiale en matière de dépens, mais que son application était « désuète » dans une affaire de cette nature. La cour devrait également recourir à l’attribution des dépens afin d’encourager les règlements, de prévenir les actions et les défenses frivoles et de décourager les démarches futiles dans le cadre du litige. Ces objectifs pourraient être atteints au moyen d’une ordonnance de paiement de dépens en faveur d’une partie qui n’y aurait peut-être pas droit selon le seul principe de l’indemnisation de la partie victorieuse.

De même, dans *Skidmore c. Blackmore* (1995), 2 B.C.L.R. (3d) 201, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a affirmé au par. 28 que [TRADUCTION] « le principe selon lequel les dépens sont accordés dans le seul but d’indemniser la partie gagnante des honoraires et débours d’avocats est maintenant périmé ». La cour a conclu que

legal fees, overruling its earlier decision in *Kendall v. Hunt (No. 2)* (1979), 16 B.C.L.R. 295. This change in the common law was described by the court as an incremental one “when viewed in the larger context of the trend towards awarding costs to encourage or deter certain types of conduct, and not merely to indemnify the successful litigant” (para. 44).

25

As the *Fellowes* and *Skidmore* cases illustrate, modern costs rules accomplish various purposes in addition to the traditional objective of indemnification. An order as to costs may be designed to penalize a party who has refused a reasonable settlement offer; this policy has been codified in the rules of court of many provinces (see, e.g., Supreme Court of British Columbia *Rules of Court*, Rules 37(23) to 37(26); Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 49.10; Manitoba *Queen’s Bench Rules*, Man. Reg. 553/88, Rule 49.10). Costs can also be used to sanction behaviour that increases the duration and expense of litigation, or is otherwise unreasonable or vexatious. In short, it has become a routine matter for courts to employ the power to order costs as a tool in the furtherance of the efficient and orderly administration of justice.

26

Indeed, the traditional approach to costs can also be viewed as being animated by the broad concern to ensure that the justice system works fairly and efficiently. Because costs awards transfer some of the winner’s litigation expenses to the loser rather than leaving each party’s expenses where they fall (as is done in jurisdictions without costs rules), they act as a disincentive to those who might be tempted to harass others with meritless claims. And because they offset to some extent the outlays incurred by the winner, they make the legal system more accessible to litigants who seek to vindicate a legally sound position. These effects of the traditional rules can be connected to the court’s concern with overseeing its own process and ensuring

le profane non représenté par avocat devrait avoir le droit de taxer les frais du recours à la justice, écartant ainsi sa décision dans *Kendall c. Hunt (No. 2)* (1979), 16 B.C.L.R. 295. Selon la cour, il s’agissait là d’un changement progressif en common law [TRADUCTION] « lorsqu’on l’examine dans le contexte global de la tendance à accorder des dépens pour encourager ou décourager certains types de comportement et non simplement pour indemniser la partie gagnante » (par. 44).

Comme l’illustrent les décisions *Fellowes* et *Skidmore*, les règles modernes d’attribution des dépens visent des objectifs divers outre le traditionnel objectif de l’indemnisation. Une ordonnance d’adjudication des dépens peut viser à pénaliser la partie qui a refusé une offre de règlement raisonnable; cette politique a été codifiée dans les règles de pratique des tribunaux de plusieurs provinces (voir, p. ex., les *Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, par. 37(23) à 37(26); les *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 49.10; les *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, règle 49.10). L’attribution des dépens peut également servir à sanctionner des conduites qui ont prolongé la durée du litige, ou en ont augmenté le coût ou qui sont par ailleurs déraisonnables ou vexatoires. Bref, les tribunaux utilisent maintenant couramment le pouvoir d’adjudication des dépens comme un instrument destiné à favoriser l’administration efficace et ordonnée de la justice.

À vrai dire, on peut aussi considérer que la règle traditionnelle d’adjudication des dépens est dictée par le souci général d’assurer le fonctionnement équitable et efficace du système judiciaire. Comme l’attribution des dépens transfère au perdant une partie des dépenses assumées par le gagnant au lieu de laisser à chaque partie le soin de supporter ses frais (comme c’est la pratique dans les ressorts où il n’existe pas de règles à cet égard), elle agit comme moyen dissuasif sur ceux qui pourraient être tentés d’en harceler d’autres par des demandes non fondées. Comme elle réduit dans une certaine mesure les dépenses du gagnant, elle rend le système juridique plus accessible aux parties qui cherchent à défendre une position valable en droit.

that litigation is conducted in an efficient and just manner. In this sense it is a natural evolution in the law to recognize the related policy objectives that are served by the modern approach to costs.

(3) Public Interest Litigation and Access to Justice

Another consideration relevant to the application of costs rules is access to justice. This factor has increased in importance as litigation over matters of public interest has become more common, especially since the advent of the *Charter*. In special cases where individual litigants of limited means seek to enforce their constitutional rights, courts often exercise their discretion on costs so as to avoid the harshness that might result from adherence to the traditional principles. This helps to ensure that ordinary citizens have access to the justice system when they seek to resolve matters of consequence to the community as a whole.

Courts have referred to the importance of this objective on numerous occasions. In *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada* (1986), 32 D.L.R. (4th) 292 (Ont. H.C.J.), Osler J. opined that “it is desirable that *bona fide* challenge is not to be discouraged by the necessity for the applicant to bear the entire burden” (pp. 305-6), while at the same time cautioning that “the Crown should not be treated as an unlimited source of funds with the result that marginal applications would be encouraged” (p. 306). In *Re Lavigne and Ontario Public Service Employees Union (No. 2)* (1987), 60 O.R. (2d) 486 (H.C.J.), White J. held that “it is desirable that *Charter* litigation not be beyond the reach of the citizen of ordinary means” (p. 526). He awarded costs to the successful *Charter* applicant in spite of the fact that his representation had been paid for by a third-party organization (so that he would not, on the

Ces effets des règles traditionnelles peuvent être rattachés au souci de la cour d’exercer un contrôle sur sa propre procédure et de voir au déroulement efficace et juste de l’instance. En ce sens, ce souci se situe dans la ligne de l’évolution naturelle du droit de reconnaître les objectifs connexes d’intérêt public que favorise l’approche moderne de l’attribution des dépens.

(3) Poursuites d’intérêt public et accès à la justice

Autre considération pertinente pour l’application des règles d’attribution des dépens : l’accès à la justice. Ce facteur a pris de l’importance avec l’augmentation du nombre de poursuites d’intérêt public, surtout depuis l’avènement de la *Charte*. Dans des cas spéciaux où des parties aux ressources limitées cherchent à faire respecter leurs droits constitutionnels, les tribunaux exercent souvent leur pouvoir discrétionnaire d’adjudication des dépens de façon à ne pas les mettre dans une situation difficile que pourrait causer l’application des règles traditionnelles. Ils contribuent ainsi à aider les citoyens ordinaires à avoir accès au système juridique lorsqu’ils cherchent à régler des questions qui revêtent de l’importance pour l’ensemble de la collectivité.

Les tribunaux ont souligné à maintes reprises l’importance de cet objectif. Dans *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada* (1986), 32 D.L.R. (4th) 292 (H.C.J. Ont.), le juge Osler a déclaré qu’il est [TRADUCTION] « souhaitable qu’une contestation de bonne foi ne soit pas découragée par le fait que le requérant doit assumer tout le fardeau » (p. 305-306), tout en précisant qu’[TRADUCTION] « il ne faut pas traiter le ministère public comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales » (p. 306). Dans *Re Lavigne and Ontario Public Service Employees Union (No. 2)* (1987), 60 O.R. (2d) 486 (H.C.J.), le juge White a conclu que [TRADUCTION] « les personnes aux ressources ordinaires devraient pouvoir participer à un litige intéressant la Charte » (p. 526). Il a adjugé les dépens à la partie qui revendiquait avec succès un droit fondé sur la *Charte*, et ce, malgré le fait

27

28

traditional approach, have been entitled to any indemnity). This case was overturned on the merits on appeal (*Lavigne v. O.P.S.E.U.* (1989), 67 O.R. (2d) 536 (C.A.), aff'd [1991] 2 S.C.R. 211), but neither the Ontario Court of Appeal nor this Court expressed any disapproval of White J.'s remarks on costs. Referring to both *Canadian Newspapers* and *Lavigne* in *Rogers v. Sudbury (Administrator of Ontario Works)* (2001), 57 O.R. (3d) 467 (S.C.J.), Epstein J. concluded at para. 19 that "costs can be used as an instrument of policy and . . . making *Charter* litigation accessible to ordinary citizens is recognized as a legitimate and important policy objective".

29

In *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, the applicants, who were Jehovah's Witnesses, unsuccessfully argued that their *Charter* rights had been violated when a blood transfusion was administered to their baby daughter over their objections. Instead of granting costs in the cause, the District Court judge directed the intervening Attorney General to pay the applicants' costs. Whealy Dist. Ct. J. cited Osler J.'s statement in *Canadian Newspapers*, *supra*, that *bona fide* challenges should not be deterred, and observed that the case before him was an unusual one involving a matter of province-wide importance (see [1989] O.J. No. 205 (QL) (Dist. Ct.)). His costs order, although unconventional, was upheld on appeal by the Ontario Court of Appeal, and subsequently by this Court. At the Court of Appeal, Tarnopolsky J.A. noted that this case, in which "the parents rose up against state power because of their religious beliefs", was one of national, even international significance ((1992), 10 O.R. (3d) 321, at pp. 354-55). La Forest J. stated at para. 122 of this Court's judgment that the costs award against the Attorney General was "highly unusual" and something that should be permitted "only in very rare cases", but that the case "raised special and peculiar

que les frais de sa représentation juridique avaient été payés par une organisation tierce (selon la règle traditionnelle, il n'aurait eu droit à aucune indemnité). Cette décision a été infirmée sur le fond en appel (*Lavigne c. O.P.S.E.U.* (1989), 67 O.R. (2d) 536 (C.A.), conf. par [1991] 2 R.C.S. 211), mais ni la Cour d'appel de l'Ontario ni notre Cour n'ont exprimé leur désaccord avec les remarques du juge White sur la question des frais. Citant les décisions *Canadian Newspapers* et *Lavigne* dans *Rogers c. Sudbury (Administrator of Ontario Works)* (2001), 57 O.R. (3d) 467 (C.S.J.), le juge Epstein a conclu au par. 19 que [TRADUCTION] « l'octroi des dépens peut être utilisé comme instrument de politique juridique et [. . .] donner aux citoyens ordinaires la possibilité d'intenter des poursuites fondées sur la *Charte* est reconnu comme un objectif d'intérêt public légitime et important ».

Dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, les demandeurs, des témoins de Jéhovah, avaient plaidé sans succès qu'on avait porté atteinte aux droits que leur reconnaît la *Charte* en pratiquant contre leur gré une transfusion sanguine sur leur fillette. Au lieu d'accorder les dépens suivant le sort de l'affaire, le juge de la Cour de district avait ordonné à l'intervenant, le procureur général, de payer les frais des demandeurs. Le juge Whealy de la Cour de district a cité la déclaration du juge Osler dans *Canadian Newspapers*, précité, qu'il ne faut pas décourager les contestations de bonne foi, et il a fait remarquer que l'affaire dont il était saisi était une affaire inhabituelle soulevant une question importante pour l'ensemble de la province (voir [1989] O.J. No. 205 (QL) (C. dist.)). Son ordonnance de paiement des frais a été confirmée en appel par la Cour d'appel de l'Ontario et ultérieurement par notre Cour, malgré son caractère novateur. À la Cour d'appel, le juge Tarnopolsky a fait remarquer que cette cause, dans laquelle [TRADUCTION] « les parents se sont élevés contre le pouvoir de l'État en raison de leurs convictions religieuses », était d'importance nationale, voire internationale ((1992), 10 O.R. (3d) 321, p. 354-355). Le juge La Forest a écrit, au par. 122 du jugement de la Cour, que la condamnation du procureur général aux dépens était « fort

problems”. He allowed Whealy Dist. Ct. J.’s order to stand.

The *B. (R.)* case illustrates that in highly exceptional cases involving matters of public importance the individual litigant who loses on the merits may not only be relieved of the harsh consequence of paying the other side’s costs, but may actually have its own costs ordered to be paid by a successful intervenor or party. It should be noted that Whealy Dist. Ct. J. applied Rule 57.01(2), a provision of Ontario’s *Rules of Civil Procedure* that expressly authorized the court to award costs against a successful litigant and specified that the importance of the issues was a factor to be considered (see Rule 57.01(1)(d)). Although these principles are not spelled out in the Supreme Court of British Columbia *Rules of Court*, in my view they are generally relevant in guiding the exercise of a court’s discretion as to costs. They form part of the background against which a British Columbia court exercises its inherent equitable jurisdiction, confirmed by Rule 57(9), to depart from the usual rule that costs follow the event.

#### (4) Interim Costs

Concerns about access to justice and the desirability of mitigating severe inequality between litigants also feature prominently in the rare cases where interim costs are awarded. An award of costs of this nature forestalls the danger that a meritorious legal argument will be prevented from going forward merely because a party lacks the financial resources to proceed. That costs orders can be used in this way in a narrow class of exceptional cases was recognized early on by the English courts. In *Jones v. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642 (Ch.), the Lord Chancellor found that “the poverty of the person will not allow her to carry on the cause, unless the court will direct the defendant to pay something to the plaintiff in the mean time”. Invoking the “intirely discretionary” equitable jurisdiction to order costs, he ordered costs to be paid

inhabituelle » et ne devrait être permise que « dans des cas très rares », mais que la cause a « soulevé des problèmes spéciaux et particuliers ». Il a confirmé l’ordonnance du juge Whealy.

L’arrêt *B. (R.)* illustre le fait que, dans des affaires vraiment exceptionnelles mettant en cause des questions d’intérêt public, la partie qui perd sur le fond peut non seulement être dispensée du paiement des frais de la partie adverse, mais aussi voir ses propres frais payés par l’intervenant ou la partie victorieuse. Il convient de signaler que le juge Whealy a appliqué le par. 57.01(2) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, qui autorise expressément le tribunal à condamner aux dépens la partie gagnante et qui précise qu’il faut prendre en considération l’importance des questions en litige (voir al. 57.01(1)d)). Bien que ces principes ne soient pas énoncés expressément dans les *Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ils sont, à mon avis, généralement pertinents pour guider les tribunaux dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire d’adjudication des dépens. Ils font partie du contexte dans lequel les tribunaux de la Colombie-Britannique exercent leur compétence inhérente en equity, confirmée par le par. 57(9), pour déroger à la règle habituelle voulant que les dépens suivent l’issue de la cause.

#### (4) La provision pour frais

Les préoccupations concernant l’accès à la justice et l’opportunité d’atténuer les grandes inégalités entre les parties au litige occupent également le premier plan dans les rares cas où des provisions pour frais sont accordées. L’octroi d’une telle provision permet d’éviter qu’une argumentation juridique fondée ne soit pas entendue parce qu’une des parties ne dispose pas des ressources financières nécessaires. Les cours de justice anglaises ont reconnu très tôt cette possibilité de statuer sur les dépens de cette façon dans une catégorie restreinte de cas exceptionnels. Dans *Jones c. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642 (Ch.), le lord chancelier a conclu que, [TRADUCTION] « en raison de sa pauvreté, la personne ne pourra pas faire entendre sa cause à moins que la cour n’ordonne au défendeur de payer entre-temps une certaine somme à la

to the plaintiff “to empower her to go on with the cause” (p. 642).

32

The discretionary power to award interim costs in appropriate cases has also been recognized in Canada. An extensive discussion of this power is found in *Organ v. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210 (Gen. Div.). Macdonald J. reviewed the authorities, including *Jones, supra*, and concluded that “the court *does* have a general jurisdiction to award interim costs in a proceeding” (p. 215 (emphasis in original)). She also found that that jurisdiction was “limited to very exceptional cases and ought to be narrowly applied, especially when the court is being asked to essentially pre-determine an issue” (p. 215).

33

As Macdonald J. recognized in *Organ, supra*, at p. 215, the power to order interim costs is perhaps most typically exercised in, but is not limited to, matrimonial or family cases. In *McDonald v. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527 (Alta. C.A.), Russell J.A. observed that the wife in divorce proceedings could traditionally obtain “anticipatory costs” to enable her to present her position (para. 18). This was because husbands usually controlled all the matrimonial property. Since the wife had “no means to pay lawyers, her side of the litigation would not be advanced, and this position was patently unfair” (para. 20). Interim costs will still be granted in family cases where one party is at a severe financial disadvantage that may prevent his or her case from being put forward. See, e.g., *Woloschuk v. Von Amerongen*, [1999] A.J. No. 463 (QL), 1999 ABQB 306, where the Alberta Court of Queen’s Bench ordered a lump sum payment of \$10,000 to the mother in a custody action by way of interim costs, finding that the father’s financial position was “significantly better than that of the [mother] in terms of funding this protracted lawsuit” (para. 16); and *Roberts v. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL) (S.C.J.), also a custody case, where

demanderesse ». Invoquant la [TRADUCTION] « nature purement discrétionnaire » de la compétence en equity d’ordonner le paiement des dépens, il les a adjugés à la demanderesse [TRADUCTION] « afin qu’elle puisse poursuivre l’instance » (p. 642).

Le pouvoir discrétionnaire d’attribution de provisions pour frais dans certains cas a également été reconnu au Canada. On retrouve un examen approfondi de ce pouvoir dans *Organ c. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210 (Div. gén.). La juge Macdonald a passé en revue la jurisprudence, dont l’arrêt *Jones*, précité, et a conclu que [TRADUCTION] « la cour possède *bel et bien* une compétence générale lui permettant d’accorder des provisions pour frais en cours d’instance » (p. 215 (en italique dans l’original)). Elle a également conclu que cette compétence [TRADUCTION] « se limitait à des cas vraiment exceptionnels et qu’elle devait être appliquée avec restriction, en particulier lorsque le tribunal est appelé essentiellement à préjuger d’une question » (p. 215).

Comme l’a reconnu la juge Macdonald dans *Organ*, précité, p. 215, c’est peut-être surtout dans les affaires relevant du droit matrimonial ou du droit de la famille que s’exerce le pouvoir d’adjudication de provisions pour frais, mais il ne se limite pas à ces domaines. Dans *McDonald c. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527 (C.A. Alb.), le juge Russell a fait remarquer que, dans une action en divorce, l’épouse pouvait normalement obtenir des « frais estimatifs » qui lui permettent de faire valoir sa position (par. 18). Cette situation s’expliquait par le fait que les maris étaient habituellement maître de l’ensemble du patrimoine familial. Comme l’épouse n’avait [TRADUCTION] « pas les moyens de payer les avocats, elle ne pouvait pas présenter sa version de l’affaire, ce qui était manifestement injuste » (par. 20). Des provisions pour frais continueront d’être accordées dans les affaires touchant le droit de la famille où une partie est fortement désavantagée sur le plan financier au point qu’elle risque de ne pouvoir faire valoir sa cause. Voir, p. ex., *Woloschuk c. Von Amerongen*, [1999] A.J. No. 463 (QL), 1999 ABQB 306, où la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a ordonné le versement à la mère d’une somme forfaitaire de 10 000 \$ à titre de

the court held that the father was unlikely to succeed at trial and that the mother lacked the resources to pay her legal fees and disbursements, and ordered the father to pay \$15,000 as interim costs. Orkin, *supra*, at p. 2-23, observes that in the modern context “the *raison d’être* [sic] of such awards is to assist the financially needy party pending the trial; they are made where the spouse is without resources and would otherwise be unable to obtain relief in court” (citations omitted).

Interim costs are also potentially available in certain trust, bankruptcy and corporate cases, where they are awarded for essentially the same reason — to avoid unfairness by enabling impecunious litigants to pursue meritorious claims with which they would not otherwise be able to proceed. *Organ* was a corporate case involving, among other causes of action, an action under the oppression remedy set out in s. 248 of the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16. The statute also provided in s. 249(4) that interim costs could be awarded in an oppression case. Macdonald J. held that, in addition to this express statutory power, the court also had an inherent jurisdiction to award interim costs. In the particular circumstances of this case, however, she held that the order should not be granted, because by their own admission the plaintiffs were not impecunious and would be able to proceed to trial without it. In *Amcan Industries Corp. v. Toronto-Dominion Bank*, [1998] O.J. No. 3014 (QL) (Gen. Div.), a bankruptcy case, Macdonald J. acknowledged “the inherent unfairness that arises in choking a plaintiff’s action if access to funds is not permitted” (para. 39); in this case, again, interim costs were not awarded because impecuniosity was not established. In *Turner v. Telecommunication Workers Pension Plan* (2001), 197 D.L.R. (4th) 533, 2001 BCCA 76, an action for breach of fiduciary duty in respect of a pension fund, the British Columbia

provision pour frais dans le cadre d’une demande de garde d’enfant, ayant conclu que le père se trouvait dans [TRADUCTION] « une situation financière bien meilleure que la mère pour financer ce long litige » (par. 16); et *Roberts c. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL) (C.S.J.), une autre affaire concernant la garde d’enfant où la cour, ayant conclu que le père n’aurait probablement pas gain de cause au procès et que la mère n’avait pas les moyens de payer les frais et débours d’avocats, a ordonné au père de payer 15 000 \$ à titre de provision pour frais. Orkin, *op. cit.*, p. 2-23, fait remarquer que dans le contexte moderne [TRADUCTION] « la raison d’être de l’octroi de ces frais est de soutenir financièrement la partie indigente pendant le procès; ils sont adjugés dans les cas où le conjoint est sans ressources et serait autrement incapable d’obtenir réparation en cour » (citations omises).

Des provisions pour frais peuvent également être accordées dans certaines affaires en matière de fiducie, de faillite et de sociétés, et ce, essentiellement pour la même raison — éviter les injustices en permettant aux parties sans ressources suffisantes de faire entendre des demandes fondées, ce qu’elles ne pourraient autrement pas faire. Dans *Organ*, il s’agissait d’une affaire relevant du droit des sociétés où il est question, entre autres causes d’action, du recours en cas d’abus prévu à l’art. 248 de la *Loi sur les sociétés par actions* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16. La loi prévoyait également au par. 249(4) que des frais provisoires pouvaient être adjugés en matière d’abus. La juge Macdonald a conclu alors qu’outre ce pouvoir exprès conféré par la loi, la cour avait également une compétence inhérente pour accorder des frais provisoires. Dans les circonstances particulières de l’espèce, toutefois, elle a décidé qu’il n’y avait pas lieu de rendre l’ordonnance parce que les demandeurs avaient eux-mêmes reconnu qu’ils n’étaient pas indigents et qu’ils pouvaient faire instruire leur cause sans l’ordonnance. Dans *Amcan Industries Corp. c. Toronto-Dominion Bank*, [1998] O.J. No. 3014 (QL) (Div. gén.), une affaire de faillite, la juge Macdonald a reconnu [TRADUCTION] « l’injustice intrinsèque qui est créée lorsque le demandeur ne peut faire instruire sa cause faute de fonds » (par. 39); dans cette affaire, encore là, la cour n’a pas accordé de frais provisoires parce

Court of Appeal recognized that the court had the power to award interim costs, but held that the interests of justice did not require it to do so on the facts of the case. Newbury J.A. noted that the financial position or impecuniosity of a party is not in itself reason enough to depart from the usual rules as to costs (para. 18).

35

Based on the foregoing overview of the case law, the following general observations can be made. The power to order interim costs is inherent in the nature of the equitable jurisdiction as to costs, in the exercise of which the court may determine at its discretion when and by whom costs are to be paid. This broad discretion may be expressly referred to in a statute, as in s. 131(1) of the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, which provides that costs “are in the discretion of the court, and the court may determine by whom and to what extent the costs shall be paid”. Indeed, the power to order interim costs may be specifically stipulated, as in the Ontario *Business Corporations Act* or similar legislation in other jurisdictions. Even absent explicit statutory authorization, however, the power to award interim costs is implicit in courts’ jurisdiction over costs as it is set out in statutes such as the Supreme Court of British Columbia *Rules of Court*, which provides that the court may make orders varying from the usual rule that costs follow the event.

36

There are several conditions that the case law identifies as relevant to the exercise of this power, all of which must be present for an interim costs order to be granted. The party seeking the order must be impecunious to the extent that, without such an order, that party would be deprived of the

que le manque de ressources nécessaires n’a pas été établi. Dans *Turner c. Telecommunication Workers Pension Plan* (2001), 197 D.L.R. (4th) 533, 2001 BCCA 76, une action pour manquement à une obligation fiduciaire relativement à un régime de retraite, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a admis que le tribunal avait le pouvoir d’accorder des frais provisoires, mais a conclu que les intérêts de la justice ne nécessitaient pas qu’il le fasse eu égard aux faits de l’espèce. La juge Newbury a souligné que la situation financière ou le manque de ressources nécessaires d’une partie ne constitue pas en soi un motif suffisant pour s’écarter des règles habituelles d’attribution des dépens (par. 18).

Compte tenu de l’analyse de la jurisprudence qui précède, on peut dégager les observations générales suivantes. Le pouvoir d’ordonner le paiement de frais provisoires est inhérent à la nature de la compétence en equity de statuer sur les dépens, et le tribunal peut, lorsqu’il l’exerce, décider à son gré à quel moment et par qui les dépens seront payés. Ce large pouvoir discrétionnaire peut être expressément mentionné dans une loi, comme au par. 131(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.43, qui prévoit, s’agissant des dépens, que « ceux qui les paient et la part qui incombe à chacun relèvent du pouvoir discrétionnaire du tribunal ». Le pouvoir d’ordonner le paiement de frais provisoires peut donc être expressément prévu, comme dans la *Loi sur les sociétés par actions* de l’Ontario, ou une loi semblable dans les autres ressorts. Toutefois, même en l’absence d’habilitation législative explicite, le pouvoir d’attribution de frais provisoires découle implicitement de la compétence des tribunaux de statuer sur les dépens comme c’est le cas dans les *Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui prévoient que la cour peut rendre des ordonnances qui dérogent à la règle habituelle voulant que les dépens suivent le sort de l’affaire.

La jurisprudence pose plusieurs conditions à l’exercice de ce pouvoir, toutes devant être présentes pour qu’une provision pour frais soit accordée. La partie qui sollicite l’ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu’elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause. Elle doit



opportunity to proceed with the case. The claimant must establish a *prima facie* case of sufficient merit to warrant pursuit. And there must be special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate. These requirements might be modified if the legislature were to set out the conditions on which interim costs are to be granted, or where courts develop criteria applicable to a particular situation where interim costs are authorized by statute (as is the case in relation to s. 249(4) of the Ontario *Business Corporations Act*; see *Organ, supra*, at p. 213). But in the usual case, where the court exercises its equitable jurisdiction to make such costs orders as it concludes are in the interests of justice, the three criteria of impecuniosity, a meritorious case and special circumstances must be established on the evidence before the court.

Although a litigant who requests interim costs must establish a case that is strong enough to get over the preliminary threshold of being worthy of pursuit, the order will not be refused merely because key issues remain live and contested between the parties. If the court does decide to award interim costs in such circumstances, it will in a sense be predetermining triable issues, since it will have to decide that one side will receive its costs before it is known who will win on the merits (and since the winner is usually entitled to costs). As a result, concerns may arise about fettering the discretion of the trial judge who will eventually be called upon to adjudicate the merits of the case. This in itself should not, however, preclude the granting of interim costs if the relevant criteria are met. As Macdonald J. noted in *Organ, supra*, the court's discretion must be exercised with particular caution where it is being asked to predetermine an issue in this sense, but it does not follow that the court would be going beyond the limits of its discretion if it were to grant the order. I therefore disagree with the conclusion of the New Brunswick Court of Queen's Bench in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)* (1995), 131 D.L.R. (4th) 273,

prouver *prima facie* que sa cause possède un fondement suffisant pour justifier son instruction devant le tribunal. De plus, il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel de ses pouvoirs. Ces exigences pourraient être modifiées si le législateur définissait les conditions d'octroi des provisions pour frais ou si les tribunaux établissaient des critères applicables à une situation particulière où l'attribution de provisions pour frais est autorisée par la loi (comme c'est le cas avec le par. 249(4) de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario; voir *Organ, précité*, p. 213). Mais normalement, lorsque le tribunal exerce sa compétence en equity pour ordonner de telles provisions pour frais parce qu'il conclut qu'il y va de l'intérêt de la justice, il doit ressortir de la preuve que les trois conditions sont réunies : le manque de ressources nécessaires, une cause qui vaut d'être instruite et des circonstances spéciales.

Bien que la partie qui demande une provision pour frais doive établir une preuve suffisamment solide pour répondre à la condition préliminaire de l'existence d'une cause méritant d'être instruite, le tribunal ne refusera pas de rendre l'ordonnance simplement parce que les parties n'ont pas fini de débattre des questions en litige importantes. Si le tribunal décide d'accorder une provision pour frais dans de telles circonstances, il se trouvera en un sens à préjuger des questions qui peuvent faire l'objet d'un procès puisqu'il devra décider quelle partie obtiendra paiement de ses dépens avant que l'on sache qui gagnera la cause sur le fond (et puisque le gagnant a habituellement droit aux dépens). On peut donc se demander si cette situation n'affecte pas le pouvoir discrétionnaire du juge qui devra éventuellement se prononcer sur le bien-fondé de la cause. Un tel état de chose ne devrait toutefois pas empêcher l'octroi de provisions pour frais si les conditions pertinentes sont respectées. Comme l'a souligné la juge Macdonald dans *Organ, précité*, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire avec une prudence particulière lorsqu'on lui demande de préjuger d'une question litigieuse en ce sens, mais il ne s'ensuit pas qu'il excéderait les limites de son

that costs cannot be ordered at the commencement of a proceeding in the absence of express statutory authority to award costs regardless of the outcome of the proceeding (p. 283) (this case was eventually overturned by this Court in [1999] 3 S.C.R. 46, but the interim costs issue was a secondary one that was not dealt with on appeal). As I stated above, the power to order costs contrary to the cause is always implicit in the court's discretionary jurisdiction as to costs, as is the power to order interim costs.

(5) Interim Costs in Public Interest Litigation

38

The present appeal raises the question of how the principles governing interim costs operate in combination with the special considerations that come into play in cases of public importance. In cases of this nature, as I have indicated above, the more usual purposes of costs awards are often superseded by other policy objectives, notably that of ensuring that ordinary citizens will have access to the courts to determine their constitutional rights and other issues of broad social significance. Furthermore, it is often inherent in the nature of cases of this kind that the issues to be determined are of significance not only to the parties but to the broader community, and as a result the public interest is served by a proper resolution of those issues. In both these respects, public law cases as a class can be distinguished from ordinary civil disputes. They may be viewed as a subcategory where the "special circumstances" that must be present to justify an award of interim costs are related to the public importance of the questions at issue in the case. It is for the trial court to determine in each instance whether a particular case, which might be classified as "special" by its very nature as a public interest case, is special enough

pouvoir discrétionnaire s'il rendait l'ordonnance. Je ne souscris donc pas à la conclusion de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)* (1995), 131 D.L.R. (4th) 273, selon laquelle on ne peut ordonner le paiement de dépens au début d'une instance en l'absence d'un pouvoir expressément prévu par la loi d'accorder des frais sans égard à l'issue de l'instance (p. 283) (cette décision a été finalement infirmée par la Cour dans [1999] 3 R.C.S. 46, mais la question des provisions pour frais était secondaire et n'a pas été examinée en appel). Je le répète, le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens contrairement au résultat de la cause découle toujours implicitement du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens du tribunal, comme d'ailleurs le pouvoir d'accorder des provisions pour frais.

(5) Les provisions pour frais dans le cadre de poursuites d'intérêt public

Le présent pourvoi soulève la question de l'interaction entre les principes régissant l'octroi des provisions pour frais et les considérations particulières qui entrent en jeu dans les causes d'intérêt public. Dans les causes de ce genre, comme je l'ai mentionné précédemment, des objectifs de politique juridique différents, notamment celui de garantir que les citoyens ordinaires auront accès aux tribunaux afin de faire préciser leurs droits constitutionnels et faire trancher d'autres questions sociales de portée générale, l'emportent souvent sur les objectifs traditionnel de l'attribution des dépens. De plus, de par leur nature, les causes de ce type soulèvent des questions importantes non seulement pour les parties au litige mais aussi pour la collectivité en général, de sorte que leur règlement adéquat sert l'intérêt public. Sous ces deux aspects, les causes de droit public en tant que catégorie se distinguent des litiges civils ordinaires. Elles peuvent être considérées comme une sous-catégorie dans laquelle les « circonstances particulières » qui sont nécessaires pour que l'on puisse justifier l'octroi de provisions pour frais tiennent à l'importance des questions en jeu pour le public. Il incombe au tribunal de première

to rise to the level where the unusual measure of ordering costs would be appropriate.

One factor to be borne in mind by the court in making this determination is that in a public law case costs will not always be awarded to the successful party if, for example, that party is the government and the opposing party is an individual *Charter* claimant of limited means. Indeed, as the *B. (R.)* case demonstrates, it is possible (although still unusual) for costs to be awarded in favour of the unsuccessful party if the court considers that this is necessary to ensure that ordinary citizens will not be deterred from bringing important constitutional arguments before the courts. Concerns about pre-judging the issues are therefore attenuated in this context since costs, even if awarded at the end of the proceedings, will not necessarily reflect the outcome on the merits. Another factor to be considered is the extent to which the issues raised are of public importance, and the public interest in bringing those issues before a court.

With these considerations in mind, I would identify the criteria that must be present to justify an award of interim costs in this kind of case as follows:

1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made.
2. The claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means.

instance de décider dans chaque cas si une affaire qui peut être qualifiée de « particulière » de par son caractère d'intérêt public est suffisamment particulière pour s'élever au niveau des causes où l'allocation inhabituelle de dépens constituerait une mesure appropriée.

Lorsqu'il tranche cette question, le tribunal ne doit pas perdre de vue que, dans une affaire relevant du droit public, les dépens ne sont pas toujours accordés à la partie gagnante si, par exemple, cette partie est le gouvernement et que la partie adverse est une personne aux ressources limitées qui invoque un droit en vertu de la *Charte*. Comme l'illustre l'affaire *B. (R.)*, il est possible (bien qu'encore inhabituel) que les dépens soient accordés à la partie perdante si le tribunal estime que cela est nécessaire pour ne pas dissuader les citoyens ordinaires de soumettre d'importants arguments constitutionnels à l'examen des tribunaux. Les préoccupations concernant le danger de préjuger des questions en litige sont par conséquent atténuées dans ce contexte, car, même s'ils sont adjugés à la fin de l'instance, les dépens ne refléteront pas nécessairement le résultat quant au fond. Un autre facteur dont on doit tenir compte est la mesure dans laquelle les questions soulevées revêtent une importance pour le public, et l'intérêt qu'a celui-ci à ce que ces questions soient tranchées en justice.

Compte tenu de ces considérations, je résumerais ainsi les conditions qui doivent être réunies pour que l'octroi de provisions pour frais dans ce genre de cause soit justifié :

1. La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance.
2. La demande vaut *prima facie* d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers.

3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.

3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées.

41

These are necessary conditions that must be met for an award of interim costs to be available in cases of this type. The fact that they are met in a particular case is not necessarily sufficient to establish that such an award should be made; that determination is in the discretion of the court. If all three conditions are established, courts have a narrow jurisdiction to order that the impecunious party's costs be paid prospectively. Such orders should be carefully fashioned and reviewed over the course of the proceedings to ensure that concerns about access to justice are balanced against the need to encourage the reasonable and efficient conduct of litigation, which is also one of the purposes of costs awards. When making these decisions courts must also be mindful of the position of defendants. The award of interim costs must not impose an unfair burden on them. In the context of public interest litigation judges must be particularly sensitive to the position of private litigants who may, in some ways, be caught in the crossfire of disputes which, essentially, involve the relationship between the claimants and certain public authorities, or the effect of laws of general application. Within these parameters, it is a matter of the trial court's discretion to determine whether the case is such that the interests of justice would be best served by making the order.

Ce sont là les conditions à remplir pour avoir recours aux provisions pour frais dans ce type de causes. Le fait qu'elles soient remplies dans une espèce donnée n'établit pas automatiquement la nécessité d'une telle ordonnance; cette décision relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Si les trois conditions sont remplies, les tribunaux disposent d'une compétence limitée pour ordonner que les dépenses de la partie sans ressources suffisantes soient payées préalablement. De telles ordonnances doivent être formulées avec soin et révisées en cours d'instance de façon à assurer l'équilibre entre les préoccupations concernant l'accès à la justice et la nécessité de favoriser le déroulement raisonnable et efficace de la poursuite, qui est également l'un des objectifs de l'attribution de dépens. Lorsqu'ils rendent ces décisions, les tribunaux doivent également tenir compte de la position des défendeurs. Il ne faut pas que l'octroi de provisions pour frais leur impose un fardeau inéquitable. Dans le contexte des poursuites d'intérêt public, les juges doivent prêter une attention toute particulière à la position des justiciables privés qui, d'une certaine manière, peuvent faire les frais de litiges qui mettent essentiellement en cause la relation entre les demandeurs et certaines autorités publiques ou l'effet de lois d'application générale. À l'intérieur de ces paramètres, il appartient au tribunal de première instance de décider si l'affaire est telle qu'il est dans l'intérêt de la justice que l'ordonnance soit rendue.

#### B. *Appellate Review of Discretionary Decisions*

#### B. *Examen en appel des décisions discrétionnaires*

42

The discretion of a trial court to decide whether or not to award costs has been described as unfettered and untrammelled, subject only to any applicable rules of court and to the need to act judicially on the facts of the case (*Earl v. Wilhelm* (2000), 199 Sask. R. 21, 2000 SKCA 68, at para. 7, citing *Benson v. Benson* (1994), 120 Sask. R. 17 (C.A.)). Sigurdson J.'s decision in the present case was based on his judicial experience, his view of what justice

On a qualifié d'absolu et d'illimité le pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance de décider s'il y a lieu d'adjuger des dépens, sous la seule réserve des règles de pratique applicables et de la nécessité d'agir de façon judiciaire selon les faits de l'espèce (*Earl c. Wilhelm* (2000), 199 Sask. R. 21, 2000 SKCA 68, par. 7, citant *Benson c. Benson* (1994), 120 Sask. R. 17 (C.A.)). En l'espèce, le juge Sigurdson a rendu sa décision en se fondant

required, and his assessment of the evidence; it is not to be interfered with lightly.

As I observed in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, however, discretionary decisions are not completely insulated from review (para. 118). An appellate court may and should intervene where it finds that the trial judge has misdirected himself as to the applicable law or made a palpable error in his assessment of the facts. As this Court held in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 814-15, the criteria for the exercise of a judicial discretion are legal criteria, and their definition as well as a failure to apply them or a misapplication of them raise questions of law which are subject to appellate review.

Two errors in particular vitiate the chambers judge's decision and call for appellate intervention. First, he overemphasized the importance of avoiding any order that involved prejudging the issues. In a case of this kind, as I have indicated, this consideration is of less weight than in the ordinary case; in fact, the allocation of the costs burden may, in certain cases, be determined independently of the outcome on the merits. Sigurdson J. erred when he concluded that his discretion did not extend so far as to empower him to make the order requested. Secondly, Sigurdson J.'s finding that a contingent fee arrangement might be a viable alternative for funding the litigation does not appear to be supported by any evidence, and I agree with Newbury J.A. that the prospect of the Bands' hiring counsel on a contingency basis seems unrealistic in the particular circumstances of this case.

### C. Application to the Facts of this Case

It is unnecessary to send this case back to the chambers judge to apply the criteria set out here,

sur son expérience judiciaire, sa perception des exigences de la justice et son appréciation de la preuve; cette décision ne doit pas être modifiée à la légère.

Comme je l'ai fait remarquer dans *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, toutefois, les décisions discrétionnaires ne sont pas entièrement à l'abri de tout contrôle (par. 118). Une cour d'appel peut et doit intervenir lorsqu'elle estime que le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne le droit applicable ou a commis une erreur manifeste dans son appréciation des faits. Comme la Cour l'a dit dans *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, p. 814-815, les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge constituent des critères juridiques et leur définition, tout comme leur non-application ou leur mauvaise application, pose des questions de droit susceptibles de révision en appel.

Deux erreurs en particulier vicent la décision du juge en chambre et appellent l'intervention en appel. Premièrement, le juge en chambre a trop insisté sur l'importance d'éviter de rendre une ordonnance par laquelle on se trouverait à préjuger des questions en litige. Dans une affaire de ce type, comme je l'ai mentionné, cette considération revêt moins d'importance que dans une affaire ordinaire; en fait, la répartition du fardeau des frais peut, dans certains cas, être établie indépendamment de l'issue quant au fond. Le juge Sigurdson a commis une erreur lorsqu'il a conclu que son pouvoir discrétionnaire n'allait pas jusqu'à lui permettre de rendre l'ordonnance demandée. Deuxièmement, sa conclusion qu'une entente d'honoraires conditionnels serait peut-être une solution de rechange viable quant au financement du litige ne paraît étayée par aucun élément de preuve, et je conviens avec la juge Newbury que la perspective que les Bandes puissent retenir les services d'un avocat sur une base d'honoraires conditionnels semble irréaliste dans les circonstances particulières de l'espèce.

### C. Application aux faits de l'espèce

Il n'est pas nécessaire de renvoyer la présente affaire au juge en chambre pour qu'il applique les

43

44

45

because it is apparent from his reasons that, had he done so, he would have ordered interim costs in favour of the respondents. Sigurdson J. found as a fact that the Bands were in extremely difficult financial circumstances and could not afford to pay for legal representation. The only alternative which he suggested might be available for funding the litigation was a contingent fee arrangement, which, as I have stated, was not feasible. He found the Bands' claims of aboriginal title and rights to be *prima facie* plausible and supported by extensive documentary evidence; although the claim was not so clearly valid that there was no need for it to be tested through the trial process, it was certainly strong enough to warrant pursuit. Finally, Sigurdson J. found the case to be one of great public importance, raising novel and significant issues resolution of which through the trial process was very much in the interests of justice. He even went so far as to urge the executive branches of the federal and provincial governments to provide funding so that the respondents' claims could be addressed.

46 Applying the criteria I have set out to the evidence in this case as assessed by the chambers judge, it is my view that each of them is met. The respondents are impecunious and cannot proceed to trial without an order for interim costs. The case is of sufficient merit that it should go forward. The issues sought to be raised at trial are of profound importance to the people of British Columbia, both aboriginal and non-aboriginal, and their determination would be a major step towards settling the many unresolved problems in the Crown-aboriginal relationship in that province. In short, the circumstances of this case are indeed special, even extreme.

47 The conditions attached to the costs order by Newbury J.A. ensure that the parties will be encouraged to resolve the matter through

conditions énoncées en l'espèce, parce qu'il ressort de ses motifs que, s'il l'avait fait, il aurait ordonné le paiement d'une provision pour frais aux intimés. Le juge Sigurdson a conclu que, de fait, les Bandes éprouvaient de très grandes difficultés financières et n'avaient pas les moyens d'être représentées par avocat. Selon lui, la seule solution de rechange qui leur était offerte pour le financement de la poursuite se résumerait à une entente d'honoraires conditionnels, qui, comme je l'ai dit, n'était pas réaliste. Il a estimé que les revendications des Bandes au sujet de leur titre aborigène et d'autres droits ancestraux étaient plausibles *prima facie* et étayées par une preuve documentaire abondante; même si la revendication n'était pas clairement valide au point de rendre inutile son examen dans le cadre d'un procès, elle était certainement assez solide pour justifier l'institution d'une poursuite. Enfin, le juge Sigurdson a admis que l'affaire revêtait une très grande importance pour le public et qu'elle soulevait des questions nouvelles et importantes dont le règlement judiciaire était tout à fait dans l'intérêt de la justice. Il est même allé jusqu'à suggérer aux pouvoirs exécutifs des gouvernements fédéral et provincial de fournir un appui financier afin que les revendications des intimés puissent être tranchées.

Si j'applique les conditions que j'ai énoncées à la preuve en l'espèce telle que le juge en chambre l'a appréciée, je suis d'avis qu'il est satisfait à chacune d'elles. Les intimés ne disposent pas de ressources suffisantes et ne peuvent faire entendre leur cause sans ordonnance de paiement d'une provision pour frais. L'affaire vaut d'être instruite. Les questions que l'on cherche à soulever au procès sont d'une importance cruciale pour la population de la Colombie-Britannique, tant autochtone que non autochtone, et une décision à leur égard constituerait un pas majeur vers le règlement des nombreux problèmes en suspens entre la Couronne et les Autochtones dans cette province. Bref, les circonstances de l'espèce sont effectivement particulières, voire exceptionnelles.

Les conditions dont le juge Newbury a assorti l'ordonnance de paiement des dépens garantissent que les parties seront encouragées à régler le

negotiation, which remains the ultimate route to achieving reconciliation between aboriginal societies and the Crown (see *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186), and also that there will be no temptation for the Bands to drag out the process unnecessarily and to throw away costs paid by the appellant. I would uphold her disposition of the case.

## VII. Disposition

The appeal is dismissed with costs to the respondents.

The reasons of Iacobucci, Major and Bastarache JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — At issue in this appeal is how trial courts should be guided in their award of interim costs. When are these advance costs appropriate? How much deference should appellate courts give to the trial judge's discretion in the matter?

Four Indian bands are suing the Crown in right of British Columbia, to establish aboriginal title over land they wish to log. Because this litigation will be expensive, they seek interim costs — that is, advance costs awarded whether or not they are successful at trial. By any standard, this is an extraordinary remedy.

The chambers judge could not find a supporting precedent and in the exercise of his discretion he chose not to grant interim costs. The British Columbia Court of Appeal, and now my colleague LeBel J., reversed the chambers judge on what appears to be a new rule for interim costs. With respect for the contrary view, I conclude that Sigurdson J. interpreted the applicable principles correctly and can find no basis for

litige par la négociation, qui demeure ultimement la meilleure manière de réconcilier les sociétés autochtones et la Couronne (voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186). Ces conditions garantissent également que les Bandes ne seront pas tentées d'étirer le processus inutilement et de dilapider la provision pour frais versée par l'appelante. Je suis d'avis de confirmer la décision de la juge Newbury.

## VII. Dispositif

Le pourvoi est rejeté, avec dépens en faveur des intimés.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et Bastarache rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Il s'agit en l'espèce de déterminer sur quels paramètres les tribunaux de première instance peuvent se fonder pour octroyer des provisions pour frais. Dans quels cas l'adjudication de provisions pour frais est-elle opportune? Jusqu'à quel point les tribunaux d'appel doivent-ils faire preuve de retenue à l'égard du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en la matière?

Quatre bandes indiennes poursuivent la Couronne du chef de la province de la Colombie-Britannique pour établir l'existence d'un titre aborigène sur des terres sur lesquelles elles veulent mener des activités d'exploitation forestière. Comme ce litige sera coûteux, elles demandent que leur soit allouée une provision pour frais — c'est-à-dire des frais qui leur seraient accordés à l'avance peu importe l'issue du litige. Il s'agit incontestablement d'une mesure extraordinaire.

Le juge en chambre ne trouve aucune jurisprudence à l'appui et, usant de son pouvoir discrétionnaire, choisit de ne pas attribuer de provision pour frais. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'abord, puis mon collègue le juge LeBel ont infirmé la décision du juge en chambre en se fondant sur ce qui semble être une nouvelle règle d'adjudication des provisions pour frais. Avec égards pour l'opinion contraire, je conclus que le juge Sigurdson

48

49

50

51

reversing his discretion. I would therefore allow the appeal.

52 The appeal raises difficult questions. In particular, how may impoverished parties sue to establish what is submitted to be constitutionally supported rights? Constitutional issues, however, were not pursued in this appeal. The respondents rely solely on the common law rules on costs.

53 Traditionally, costs — usually party and party costs — are awarded after the ultimate trial or appellate decision and almost always to the successful party. Party and party costs in all Canadian jurisdictions are only partial indemnification of the litigants' legal costs. In certain cases, interim costs may be awarded to a spouse suing for the division of property as a consequence of separation or divorce. The *ratio* of the matrimonial cases is clear: a spouse usually owns or is entitled to part of the matrimonial property; some success on the merits is practically assured. Thus, the traditional purpose of costs — indemnification of the prevailing party — is preserved.

54 But to award interim costs when liability remains undecided would be a dramatic extension of the precedent. Furthermore, to do so in a case with serious constitutional considerations where the Crown is the defending party would be an unusual extension of highly exceptional private law precedent into an area fraught with other implications.

55 The common law is said to evolve to adapt prevailing principles to modern circumstances. But the common law of costs should develop through the discretion of trial judges. This equitable trial-level discretion, developed over centuries, is essential

a correctement interprété les principes applicables et je ne vois aucune raison d'infirmier sa décision discrétionnaire. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Le pourvoi soulève des questions difficiles. En particulier, comment des parties démunies peuvent-elles intenter une poursuite pour faire valoir ce qu'elles allèguent être des droits fondés du point de vue constitutionnel? Aucune question constitutionnelle n'a cependant été invoquée en l'espèce. Les intimés se fondent uniquement sur les règles de common law régissant l'octroi des dépens.

Traditionnellement, les dépens — habituellement les dépens entre parties — sont attribués après que la décision finale a été rendue en première instance ou en appel et ils le sont presque toujours en faveur de la partie gagnante. Dans l'ensemble des ressorts canadiens, les dépens entre parties ne représentent qu'une indemnisation partielle des frais de justice des plaideurs. Dans certains cas, une provision pour frais peut être accordée à un conjoint qui intente un procès au sujet du partage des biens, par suite d'une séparation ou d'un divorce. En droit matrimonial, la justification de telles provisions pour frais est claire : habituellement un conjoint a droit en tout ou en partie au patrimoine familial; il est presque assuré d'obtenir en partie gain de cause sur le fond. Ainsi, le but traditionnel de l'adjudication des dépens — l'indemnisation de la partie gagnante — est préservé.

Cependant, ce serait étendre considérablement la portée de la jurisprudence que d'accorder des provisions pour frais alors que la question de la responsabilité n'a pas encore été tranchée. De plus, agir de la sorte dans une affaire qui présente des considérations constitutionnelles importantes et dans laquelle la Couronne est la partie défenderesse constituerait une transposition inhabituelle d'une jurisprudence de droit privé très exceptionnelle dans un domaine lourd d'implications.

La common law est censée évoluer de façon à adapter les principes applicables à la réalité moderne. Cependant, en matière d'adjudication des dépens, l'évolution de la common law devrait se faire par l'exercice du pouvoir discrétionnaire



to the primary traditional use of the discretionary costs power by courts: to manage litigation and case loads. It may be that there are public law questions where access to justice can be provided through the discretionary award of interim costs. Even so, such cases must lie closer to the heart of the interim costs case law. Such developments should be initiated by trial courts properly exercising their discretionary power, not the appellate reversal of that discretion.

### I. Background

My colleague has fairly characterized the facts of this litigation. However, some highlighting of those facts may be useful.

In 1999, the four respondent Indian bands (the "Bands") began logging Crown land. Funds from that activity were to be used for housing and other desperately needed social services. The British Columbia Minister of Forests served the Bands with stop-work orders and commenced proceedings to prevent further logging. The Bands challenged the orders and claimed aboriginal title to the lands.

At the British Columbia Supreme Court, Sigurdson J. ruled that the question of aboriginal title was sufficiently complex that a trial was necessary. The Bands stated that they could not afford to litigate and even if they could, they would have preferred to use such funds to provide social services. The Bands claimed that they had been unable to find any governmental or *pro bono* sources of aid. They therefore petitioned for interim costs — costs in advance of trial. The Bands' motions were originally grounded in the constitutional question of title. They now seek interim costs on the

du juge de première instance. Ce pouvoir discrétionnaire, qui est fondé sur l'équité et qui résulte de siècles d'évolution, est un aspect essentiel de la principale fonction traditionnelle du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens des tribunaux : la gestion des instances et du rôle. Il se peut que des questions de droit public justifient l'octroi discrétionnaire de provisions pour frais afin de permettre l'accès à la justice. Mais de tels cas doivent être largement comparables à ceux que reconnaît la jurisprudence en matière d'attribution de provisions pour frais. Une telle évolution devrait être amorcée par les tribunaux de première instance dans l'exercice judiciaire de leur pouvoir discrétionnaire et non par l'annulation en appel de leurs décisions à cet égard.

### I. Historique

Mon collègue a caractérisé avec justesse les faits du présent litige. Il serait toutefois utile d'en dégager quelques points saillants.

En 1999, les quatre bandes indiennes intimées (les « Bandes ») ont commencé l'exploitation forestière sur des terres publiques. Les fonds générés par cette activité devaient servir à la construction de logements et à la prestation d'autres services sociaux dont les Bandes ont désespérément besoin. Le ministre des Forêts de la Colombie-Britannique a signifié aux Bandes des ordonnances de cessation des travaux et a introduit une instance visant à faire arrêter l'exploitation forestière. Les Bandes ont contesté les ordonnances et ont prétendu qu'elles détenaient un titre aborigène sur les terres en question.

À la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Sigurdson conclut que la question du titre aborigène est suffisamment complexe pour que l'on tienne une instruction. Les Bandes déclarent qu'elles n'ont pas les moyens d'agir en justice et que, même si elles les avaient, elles préféreraient utiliser ces fonds pour dispenser des services sociaux. Elles prétendent n'avoir pas pu trouver de l'aide de source gouvernementale ou bénévole. Elles sollicitent donc une provision pour frais — frais accordés avant l'instruction. Leurs requêtes se fondaient initialement sur la question constitutionnelle du titre.

56

57

58

basis of the trial court's inherent and statutory cost power.

59 The chambers judge conducted a thorough examination of the case law on interim costs and, in the exercise of his discretion, concluded:

I find that the respondents' argument that its trial costs be paid in advance must fail. The issue of liability is very much in dispute and the trial costs are substantial. To order the payment of trial costs would require prejudging the case on the merits which, of course, I cannot do. Although I have a limited discretion in appropriate circumstances to award interim costs this case falls far outside that area. I recognize that these respondents are in a difficult position. However, counsel may be prepared to represent them on a contingency basis and, if successful, the respondents will undoubtedly receive significant indemnity for their costs. I recommend, however, that the Federal and Provincial Crown consider providing some funding so that these disputes, which have some elements of test cases, if they cannot be settled, can be properly resolved at trial.

([2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135, at para. 129)

## II. Analysis

### A. *The Law of Costs*

60 The standard rule on party and party costs is that they are generally awarded to the successful litigant at the end of litigation. These costs are a contribution to the successful party's actual expense. Full indemnification by way of solicitor-client costs is infrequently ordered in Canada. Such costs require unusual and egregious conduct by the losing party. On rare occasions the court may award solicitor-client costs where equity is met by doing so.

61 My colleague points to what he describes as a modern trend in the law on costs — its use as an instrument to encourage litigation in the public interest. With respect, I think this proposition

Elles demandent maintenant une provision pour frais en invoquant le pouvoir inhérent et attribué du tribunal de première instance à cet égard.

Après avoir fait une étude approfondie de la jurisprudence relative à l'attribution de provisions pour frais, le juge en chambre, usant de son pouvoir discrétionnaire, conclut :

[TRADUCTION] À mon avis, l'argument des intimés que leurs frais d'instruction devraient leur être payés à l'avance doit être rejeté. La question de la responsabilité est très contestée et les frais de l'instruction sont élevés. Si j'ordonnais leur paiement, je préjugerais de l'affaire quant au fond, ce que je ne peux évidemment pas faire. Bien que je possède un pouvoir discrétionnaire limité dans les circonstances appropriées d'accorder des provisions pour frais, la présente affaire relève d'un tout autre domaine. Je reconnais que les intimés se trouvent dans une situation difficile. Toutefois, leurs avocats sont peut-être disposés à les représenter sur une base d'honoraires conditionnels et, si elles ont gain de cause, elles recevraient sans aucun doute une indemnité importante pour leurs frais. Toutefois, je recommande que la Couronne, aussi bien fédérale que provinciale, envisage la possibilité de fournir un appui financier de sorte que ces affaires, qui s'apparentent à des causes types, soient tranchées comme il se doit dans le cadre d'un procès si elles ne peuvent faire l'objet d'un règlement.

([2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135, par. 129)

## II. Analyse

### A. *Les règles de droit en matière de dépens*

Selon la règle habituelle d'adjudication des dépens entre parties, ceux-ci sont généralement accordés à la partie gagnante à la fin du litige. Ils représentent une contribution aux dépenses réelles de la partie gagnante. Au Canada, il est rare que l'on ordonne une pleine indemnisation par l'octroi de dépens sur la base avocat-client. De tels dépens ne sont attribués que lorsque la partie perdante s'est comportée d'une manière singulière et inacceptable. Dans de rares cas, eu égard à l'équité, la cour peut allouer des dépens sur la base avocat-client.

Mon collègue souligne ce qu'il décrit comme étant une tendance moderne en ce qui concerne les règles d'adjudication des dépens — soit à titre d'appui aux litiges d'intérêt public. En toute déférence, je

mistakes public funding to pursue *Charter* claims as an exercise in awarding costs. It is a separate function. Although the trial judge retains a discretion on the question of costs in such cases, they have always been awarded at the conclusion of the litigation.

#### B. *The Law of Interim Costs*

As a matter of public policy as reflected in federal and provincial rules of court, costs are usually awarded at the conclusion of trial as a contribution to the successful party's legal expenses. However, the common law on interim costs — costs in advance of trial — has been more confined and almost exclusively restricted to family law litigation to allow the impecunious spouse and children access to the court. The reason for such restrictive use is apparent since awarding costs in advance could be seen as prejudging the merits. While there is limited jurisdiction to award interim costs, it is logical that the party who must pay them and informed members of society might, in the absence of compelling reasons, have a reasonable apprehension of bias in favour of the recipient. The objectivity of the court making such an order will almost automatically be questioned.

The award of costs before trial is a more potent incentive to litigation than the possibility of costs after the trial. The awarding of interim costs in the circumstances of this appeal appears as a form of judicially imposed legal aid. Interim costs are useful in family law, but should not be expanded to engage the court in essentially funding litigation for impecunious parties and ensuring their access to court. As laudable as that objective may be, the remedy lies with the legislature and law societies, not the judiciary.

crois que cet argument confond la notion de financement public des revendications fondées sur la *Charte* avec celle de l'adjudication des dépens. Il s'agit de deux fonctions distinctes. Même si le juge de première instance conserve un pouvoir discrétionnaire pour l'attribution des dépens dans de telles affaires, ceux-ci ont toujours été accordés à l'issue du litige.

#### B. *Les règles de droit en matière de provisions pour frais*

Pour des raisons d'intérêt public, comme le confirment les règles de pratique fédérales et provinciales, les dépens sont habituellement alloués à l'issue de l'instruction comme contribution aux honoraires et débours d'avocats de la partie gagnante. Toutefois, les règles de common law en matière de provisions pour frais — frais accordés avant l'instruction — ont vu leur application restreinte presque exclusivement aux affaires de droit de la famille pour permettre à l'époux sans ressources suffisantes et aux enfants d'avoir accès au tribunal. La raison de cette application restreinte est apparente vu le risque que l'octroi de dépens avant l'instruction soit perçu comme laissant préjuger de l'issue de la cause. Bien que les tribunaux disposent d'un pouvoir d'adjudication de provisions pour frais, quoique limité, il est logique que la partie condamnée à les payer et les membres bien renseignés de la société puissent, en l'absence de raisons sérieuses, craindre raisonnablement qu'il y ait partialité en faveur du bénéficiaire. L'objectivité du tribunal qui rend une telle ordonnance sera presque automatiquement remise en question.

L'octroi de dépens avant l'instruction est plus susceptible d'encourager les procès que leur éventuelle attribution après l'instruction. L'adjudication d'une provision pour frais dans les circonstances particulières de l'espèce apparaît comme une forme d'aide juridique imposée par le tribunal. Les provisions pour frais sont utiles en droit de la famille mais on ne doit pas étendre leur utilisation pour amener, essentiellement, le tribunal à financer le litige pour les parties sans ressources suffisantes et à garantir leur accès aux tribunaux. Si louable que puisse être cet objectif, la solution relève du législateur et des ordres professionnels des avocats et non de la magistrature.

62

63

- 64 LeBel J. concludes from his review of the case law on interim costs that they may be granted when (i) the party seeking the costs would be unable to pursue the litigation otherwise; (ii) there is a *prima facie* case of sufficient merit; and (iii) there are present “special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate” (para. 36). He finds that such special circumstances may exist if the case is in the public interest and is a test case. With respect, I come to a different result.
- 65 I agree that the case must be exceptional in order to attract interim costs. Of necessity, the proposition that extraordinary circumstances practically always exist where the public interest is invoked is too broad to meet the exceptional requirement. LeBel J. accepts that most public interest cases would satisfy this criterion (para. 38). This is why he leaves to the discretion of the trial judge the decision as to whether the case is “special enough” to warrant an order. The difficulty for the trial judge is that this does not provide any ascertainable standard or direction. To say simply that the issues transcend the individual interests in the case and have not yet been resolved (para. 40) does not assist the trial judge in deciding what is “special enough”. An examination of past *Charter* cases will demonstrate that dilemma.
- 66 Test cases are referred to by LeBel J. and involve situations where important precedents are sought. In my view, the proposition that “it [would be] contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means” (para. 40), without more, is not sufficient. A trial judge can draw no direction from this proposal.
- 67 But even if such special circumstances were to be considered, there is nothing to distinguish the present aboriginal land claims from any other. On the contrary, the litigation here is likely to involve
- Le juge LeBel conclut de son examen de la jurisprudence relative à l’octroi de provisions pour frais qu’elles peuvent être accordées dans les cas suivants : (i) la partie demanderesse ne serait autrement pas en mesure de poursuivre l’instance; (ii) la cause vaut *prima facie* d’être instruite; (iii) il existe « des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l’exercice exceptionnel de ses pouvoirs » (par. 36). Il conclut que ces circonstances spéciales peuvent exister si la cause est d’intérêt public et s’il s’agit d’une cause type. J’arrive à une conclusion différente.
- Je reconnais que l’affaire doit être exceptionnelle pour ouvrir droit à une provision pour frais. Mais la proposition que les causes où l’on invoque l’intérêt public font presque toujours intervenir des circonstances extraordinaires est forcément trop large pour satisfaire à l’exigence du caractère exceptionnel. Le juge LeBel convient que la plupart des causes d’intérêt public répondraient à ce critère (par. 38). C’est pourquoi il laisse au juge de première instance le soin de décider si l’affaire est « suffisamment spéciale » pour justifier une ordonnance. La difficulté pour le juge de première instance est que cela ne constitue pas une norme ou une directive vérifiable. Dire simplement que les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts individuels en cause et qu’elles n’ont pas encore été tranchées (par. 40) n’aide pas le juge de première instance à décider de ce qui est « suffisamment spécial ». Un examen de la jurisprudence où les dispositions de la *Charte* ont été invoquées illustrera ce dilemme.
- Le juge LeBel renvoie à des causes types où l’on cherchait à créer d’importants précédents. À mon avis, la proposition selon laquelle « il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu’il n’en a pas les moyens financiers » (par. 40) est, à elle seule, insuffisante. Un juge de première instance ne peut en tirer aucune indication susceptible de l’éclairer.
- Même s’il fallait prendre en compte de telles circonstances particulières, rien ne distingue les présentes revendications territoriales autochtones de toute autre revendication. Au contraire,

the application of principles enunciated by this Court in cases such as *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, and *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. There is no evidence to establish that these land claims should be considered exceptional. Nor is there anything to establish how the new criteria would apply in a different way between one impecunious aboriginal party and another.

It is worth noting that the honour of the Crown is not at stake in this appeal and that there is no reason to distinguish the aboriginal claimants from any other impecunious persons claiming rights under the Constitution with regard to the availability of costs. The new definition of extraordinary circumstances must therefore apply generally and its impact measured accordingly. There is no doubt that the conclusions of LeBel J. will result in an increase of interim costs applications while offering little in the way of guidance to trial judges.

The interim costs case law suggests narrow guidelines. Interim costs have been awarded in two circumstances: (i) in marital cases where some liability is presumed and the indemnificatory purpose of the costs power is fulfilled; and (ii) in corporate and trust cases where the court grants advanced costs to be paid by the corporation or trust for whose benefit the action is brought. In those cases it is still necessary that the party seeking advanced costs show that they would otherwise be unable to proceed with litigation.

The matrimonial cases involving the division of assets upon divorce comprise the oldest line of interim costs jurisprudence. At common law, a wife could be awarded interim costs to help her maintain her divorce action. This rule has been generally recognized in statute and Canadian case law. See *McDonald v. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th)

il est vraisemblable que le litige en l'espèce nécessite l'application de principes énoncés par la Cour dans des arrêts comme *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, et *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Rien dans la preuve ne démontre le caractère exceptionnel des présentes revendications territoriales. Rien non plus ne permet d'établir comment l'application des nouveaux critères varierait selon la partie autochtone sans ressources suffisantes dont il est question.

Il convient de signaler que le présent pourvoi ne met pas en cause l'honneur de la Couronne et qu'il n'y a aucune raison, pour ce qui est du paiement des dépens, d'établir une distinction entre les revendicateurs autochtones et toutes autres personnes sans ressources suffisantes revendiquant des droits en vertu de la Constitution. La nouvelle définition de circonstances extraordinaires doit être d'application générale et son incidence mesurée en conséquence. Il ne fait aucun doute que les conclusions du juge LeBel entraîneront une augmentation de demandes de provisions pour frais en donnant aux juges de première instance peu d'indications susceptibles de les guider.

La jurisprudence relative à l'adjudication des provisions pour frais propose des lignes directrices étroites. Des provisions pour frais ont été accordées dans deux sortes d'affaires : (i) dans des affaires de droit matrimonial où l'on présume une certaine responsabilité et où l'octroi des dépens répond à l'objectif d'indemnisation; (ii) dans des affaires en matière de sociétés ou de fiducie où le tribunal ordonne à la société ou à la fiducie pour laquelle l'action est intentée de payer la provision pour frais. Dans ces affaires, il demeure néanmoins nécessaire que la partie demanderesse démontre qu'elle serait autrement incapable de poursuivre l'instance.

La jurisprudence la plus ancienne concernant l'octroi de provision pour frais est issue des affaires de droit matrimonial où il est question de partage de biens lors d'un divorce. En common law, une épouse pouvait se voir attribuer une provision pour frais afin de poursuivre son action en divorce. Cette règle a été généralement reconnue dans les lois et la

68

69

70

527 (Alta. C.A.). See also *Randle v. Randle* (1999), 254 A.R. 323, 1999 ABQB 954, where interim costs were granted in an action concerning the division of property between common law spouses.

71 There are three legal characteristics that explain why the post-marital contest serves as the exception to the standard rule that costs “follow the event”. These three characteristics are guidelines for the exercise of discretion in the award of interim costs.

72 First, at common law, husbands usually had control and legal ownership of the marital purse and property, ensuring in most cases that wives did not have the financial resources to pursue litigation. See *McDonald*, *supra*, at para. 20. Therefore, the first required element of an interim cost award is that the party seeking the award is impoverished, and would not be able to pursue the litigation without such an award. It is acknowledged in this appeal that each of the bands are without funds.

73 Second, the marital relationship is perhaps unique in the mutual support owed between spouses. Thus, generalizing beyond the marital context, there must be a special relationship between the parties such that the cost award would be particularly appropriate. Where, as in this appeal, no right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is implicated and the matter involves the provincial Crown rather than the federal Crown, this special relationship cannot automatically be presumed.

74 But third, and dispositive to this appeal, in the marital cases there is a presumption that the property that is the subject of the dispute is to be shared in some way. See *Randle*, *supra*, at para. 22. Generally, it is the distribution of assets and extent of support that are at issue in a divorce action, not

jurisprudence canadienne. Voir *McDonald c. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527 (C.A. Alb.). Voir également *Randle c. Randle* (1999), 254 A.R. 323, 1999 ABQB 954, dans laquelle une provision pour frais a été adjugée dans le cadre d’une action concernant le partage de biens entre conjoints de fait.

Trois caractéristiques juridiques expliquent pourquoi les affaires de droit matrimonial constituent une exception à la règle habituelle voulant que les dépens « suivent l’issue de la cause ». Ces trois caractéristiques constituent des lignes directrices pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’adjudication des provisions pour frais.

Premièrement, en common law, du fait que l’argent et les autres biens de la famille étaient légalement la propriété du mari, qui en assurait également la maîtrise, l’épouse n’avait souvent pas les ressources financières nécessaires pour faire valoir ses droits devant les tribunaux. Voir l’affaire *McDonald*, précitée, par. 20. Par conséquent, le premier élément exigé pour que l’on accorde des provisions pour frais est que la partie demanderesse soit sans ressources suffisantes et qu’elle serait autrement incapable de poursuivre l’instance. Il est reconnu en l’espèce que chacune des Bandes n’a pas de moyens financiers.

Deuxièmement, le lien conjugal est peut-être un élément spécifique du soutien mutuel que se doivent les époux. Par conséquent, si on généralise au-delà du contexte matrimonial, la relation entre les parties doit être telle que l’adjudication de dépens serait particulièrement appropriée. Dans les cas, comme en l’espèce, où aucun droit fondé sur l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n’est en cause et où l’affaire concerne la Couronne provinciale plutôt que la Couronne fédérale, cette relation spéciale ne peut être automatiquement présumée.

Troisièmement, mais élément déterminant en l’espèce, dans les affaires de droit matrimonial il existe la présomption que le bien faisant l’objet du litige sera partagé d’une façon ou d’une autre. Voir *Randle*, précité, par. 22. Généralement, c’est le partage des biens et le degré de soutien qui sont

whether such a division and such support are owed. In a sense, some liability is assumed; all that is to be litigated is the extent of the liability. LeBel J. blunts the bite of this element, reducing it to the modest requirement that “[t]he claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means” (para. 40). The traditional roots of the costs power require more than *prima facie* merit. The costs power originally provided indemnification — the prevailing party won costs. In a divorce action, however, it was assumed that the spouse, usually the wife, would be awarded something; the question was how much.

The matrimonial cases can therefore be seen as exceptional not because they dispensed with the rule that the prevailing party won costs (and the related principle that judges not predetermine the merits of the case), but because they dispensed with the need to wait for the end of trial to decide which party prevailed, for some liability was presumed.

In this appeal, Sigurdson J.’s reluctance to “prejudg[e] the case on the merits” was appropriate. Unlike the divorce cases, one may not presume that the Bands will establish even partial aboriginal title in the cases under appeal.

In summary, in my opinion the *ratio* of the common law dictates the following three guidelines for the discretionary, extraordinary award of interim costs:

1. The party seeking the interim costs cannot afford to fund the litigation, and has no other realistic manner of proceeding with the case.

en litige dans une action en divorce et non pas la question de savoir si un tel partage et un tel soutien sont dus. En un sens, le tribunal présume une certaine responsabilité; la seule chose à débattre, c’est l’étendue de cette responsabilité. Le juge LeBel atténue la portée de cet élément, la réduisant à la simple exigence que « [l]a demande vaut *prima facie* d’être instruite, c’est-à-dire qu’elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu’il n’en a pas les moyens financiers » (par. 40). La justification traditionnelle du pouvoir d’adjudication des dépens exige davantage que le bien-fondé *prima facie* de l’affaire. Ce pouvoir visait à l’origine à procurer une indemnité — la partie gagnante se voyait accorder les dépens. Toutefois, dans une action en divorce, on présumait que le conjoint, habituellement l’épouse, se verrait accorder une certaine somme, la question était de savoir combien.

Les affaires de droit matrimonial peuvent donc être considérées comme exceptionnelles, non pas parce qu’elles écartent la règle voulant que ce soit la partie gagnante qui se voit accorder les dépens (et le principe connexe que les juges ne doivent pas préjuger de l’affaire quant au fond), mais parce qu’elles éliminent la nécessité d’attendre la fin de l’instruction pour décider quelle partie a gagné, car on présume une certaine responsabilité.

En l’espèce, les réticences du juge Sigurdson à [TRADUCTION] « préjuger[r] de l’affaire quant au fond » sont justifiées. À la différence des affaires de divorce, on ne peut présumer que les Bandes prouveront l’existence d’un titre aborigène, même partiel, dans les affaires faisant l’objet du pourvoi.

En résumé, selon moi, il faut satisfaire aux trois conditions suivantes pour que l’exception en common law soit justifiée quant à l’octroi discrétionnaire et extraordinaire de provisions pour frais :

1. La partie qui demande une provision pour frais n’a pas les moyens d’agir en justice et ne dispose en réalité d’aucune autre source de financement.

75

76

77

- |    |   |    |   |
|----|---|----|---|
| 2. | There is a special relationship between the parties such that an award of interim costs or support would be particularly appropriate. | 2. | Il existe entre les parties une relation spéciale telle que l'octroi d'une provision pour frais ou d'un soutien est particulièrement approprié. |
| 3. | It is presumed that the party seeking interim costs will win some award from the other party.   | 3. | On présume que la partie qui demande une provision pour frais obtiendra une certaine compensation de la part de l'autre partie.                 |

78

In my view, a court should be particularly careful in the exercise of its inherent powers on costs in cases involving the resolution of controversial public questions. Not only was such precedent not required at common law, but by incorporating such an amorphous concept without clearly defining what constitutes "special circumstances", the distinction between the traditional purpose of awarding costs and concerns over access to justice has been blurred.

Selon moi, un tribunal doit se montrer particulièrement prudent dans l'exercice de son pouvoir inhérent d'adjudication des dépens dans les affaires où l'on doit résoudre des questions d'intérêt public controversées. Non seulement un tel précédent n'était pas exigé par la common law, mais l'adoption d'une notion aussi nébuleuse sans définition claire de ce que l'on entend par « circonstances spéciales » estompe la distinction entre l'objectif traditionnel de l'adjudication des dépens et les préoccupations quant à l'accès à la justice.

79

As noted earlier, certain corporate and trust actions form another line of interim costs cases with a different *ratio*. In those cases, a litigant sues on behalf of a corporation or trust, and seeks interim costs. Such cases are an exception to the general rule on costs because the court makes the costs order on behalf of the corporation or trust. For example, where a shareholder sues directors on behalf of the corporation, it is presumed that the corporation, which in many ways is owned by the shareholders, although under the control of the directors, consents to the paying of the interim costs. It is important to note that in the corporate context, interim costs are specifically addressed by legislation. See *British Columbia Company Act*, R.S.B.C. 1996, c. 62, s. 201; *Ontario Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 249.

Comme je l'ai mentionné précédemment, certaines actions en matière de droit des sociétés ou de droit de fiducie constituent un autre courant jurisprudentiel où il est question de frais provisoires mais où la justification est différente. Dans ces affaires, le justiciable poursuit au nom d'une société ou d'une fiducie et demande des frais provisoires. De telles affaires constituent une exception à la règle générale d'adjudication des dépens parce que le tribunal ordonne le paiement des dépens à la société ou à la fiducie. Par exemple, lorsqu'un actionnaire poursuit des administrateurs au nom d'une société, on présume que la société, qui, à bien des égards, appartient aux actionnaires, bien qu'elle soit contrôlée par les administrateurs, consente à payer les frais provisoires. Il importe de noter que, dans le contexte du droit des sociétés, la loi traite expressément de la question des frais provisoires. Voir la *Company Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 62, art. 201; la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 249.

80

Courts may also award interim costs in child custody cases. See *Roberts v. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL) (S.C.J.). Child custody litigation focuses on the best interests of the child for whose welfare both parents are responsible. The purpose of the interim costs award is not merely to aid one side or the other in funding their litigation but,

Les tribunaux peuvent également accorder des provisions pour frais dans les affaires de garde d'enfants. Voir *Roberts c. Aasen*, [1999] O.J. No. 1969 (QL) (C.S.J.). Les litiges en matière de garde d'enfants sont axés sur l'intérêt de l'enfant dont le bien-être relève de la responsabilité des deux parents. L'octroi de provision pour frais ne vise



commensurate with the parents' duty, to help the court find the result most beneficial to the child.

The value in considering the derivative and related child custody cases is simply to concede that there are circumstances beyond the matrimonial cases in which interim costs may be appropriate. The cases on appeal do not fit these exceptions.

### C. *The Trial Judge's Discretion*

I agree with LeBel J. that a trial judge's discretionary decision on interim costs is owed great deference, and should be disturbed only if "the trial judge has misdirected himself as to the applicable law or made a palpable error in his assessment of the facts" (para. 43). I also agree that a misapplication of the criteria relevant to an exercise of discretion constitutes an error of law.

LeBel J. concludes that because Sigurdson J. failed to apply the newly enunciated criteria of impecuniosity, *prima facie* merit, and public importance, an error of law was (understandably) committed. LeBel J. saw no need to return the case to the chambers judge, and held that Sigurdson J. would have exercised his discretion to grant the award had he had the benefit of what is described as new criteria.

If this Court enlarges the scope for interim costs it should be seen as a new rule and not an adaptation of existing law. On the basis of the law on costs at the time of this application the chambers judge properly exercised his discretion.

pas uniquement à aider une partie ou une autre à financer son litige mais, dans le respect de l'obligation des parents, également à aider le tribunal à trouver la solution qui soit la meilleure pour l'enfant.

L'intérêt d'examiner les affaires invoquant un droit dérivé et celles concernant la garde d'enfants est simplement de nous rendre compte qu'il existe des affaires autres que les affaires de droit matrimonial où l'adjudication de provisions pour frais est appropriée. Les affaires faisant l'objet du pourvoi ne cadrent pas avec ces exceptions.

### C. *Le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance*

Je conviens avec le juge LeBel qu'il faut faire preuve de grande déférence à l'égard du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'accorder des provisions pour frais et n'intervenir que si « le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne le droit applicable ou a commis une erreur manifeste dans son appréciation des faits » (par. 43). Je reconnais également qu'une mauvaise application des critères relatifs à l'exercice du pouvoir discrétionnaire constitue une erreur de droit.

Le juge LeBel conclut que, parce que le juge Sigurdson n'a pas appliqué les critères récemment énoncés de ressources insuffisantes, de bien-fondé *prima facie* et d'importance pour le public, une erreur de droit (et cela est compréhensible) a été commise. Le juge LeBel n'a pas jugé nécessaire de renvoyer l'affaire au juge en chambre et a conclu que le juge Sigurdson aurait usé de son pouvoir discrétionnaire pour attribuer les dépens s'il avait eu l'avantage de connaître ce qu'il décrit comme étant de nouveaux critères.

Si la Cour élargit le champ d'application des provisions pour frais, il faudra interpréter cela comme une nouvelle règle et non pas comme une adaptation des règles de droit existantes. Le juge en chambre a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en fonction des règles de droit qui existaient en matière de dépens à l'époque où la demande a été présentée.

81

82

83

84

85 Sigurdson J. was correct in his assessment that liability remains an open question in this appeal and that ordering interim costs would inappropriately require prejudging the case. Accordingly, he was justified in concluding that “[a]lthough [he had] a limited discretion in appropriate circumstances to award interim costs this case falls far outside that area” (para. 129).

### III. Conclusion

86 The common law is to advance by increments while generally staying true to the purposes behind its rules. The new criteria endorsed by my colleague broaden the scope of interim costs to an undesirable extent and are not supported in the case law. In my view, the common law rules on interim costs should not be advanced through an appellate court ignoring and overturning the trial judge’s correctly guided discretion. This is more appropriately a question for the legislature. See *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; and *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925.

87 Since Sigurdson J. committed no error of law and did not commit a “palpable error” in his assessment of the facts, I would defer to his decision not to exercise his discretion to make the extraordinary grant of interim costs.

88 I would allow the appeal, with each side to bear its own costs.

*Appeal dismissed with costs, IACOBUCCI, MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: Mandell Pinder, Vancouver.*

Le juge Sigurdson a eu raison de conclure que la question de la responsabilité demeure entière en l’espèce et que, s’il ordonnait le paiement de provisions pour frais, il se trouverait à préjuger de façon inopportune de l’issue de l’affaire. Il a donc eu raison de conclure que [TRADUCTION] « [b]ien qu’il possède un pouvoir discrétionnaire limité dans les circonstances appropriées d’accorder des provisions pour frais, la présente affaire relève d’un tout autre domaine » (par. 129).

### III. Conclusion

La common law doit évoluer graduellement tout en respectant d’une manière générale les objets sous-jacents à ses règles. Les nouveaux critères approuvés par mon collègue élargissent le champ d’application des provisions pour frais dans une mesure qui n’est pas souhaitable et ils ne sont pas étayés par la jurisprudence. Selon moi, les règles de common law en matière de provisions pour frais ne devraient pas être modifiées par l’intervention d’une cour d’appel infirmant la décision que le juge de première instance a rendue en usant judicieusement de son pouvoir discrétionnaire. Une telle modification relève davantage du législateur. Voir *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Office des services à l’enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925.

Comme le juge Sigurdson n’a pas commis d’erreur de droit ni d’« erreur manifeste » dans son appréciation des faits, je suis d’avis de m’en remettre à la décision qu’il a prise de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder exceptionnellement des provisions pour frais.

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, chacune des parties devant assumer ses propres dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges IACOBUCCI, MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.*

*Procureurs de l’appelante : Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Procureurs des intimés : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice of Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

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

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

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

*Solicitors for the interveners the Songhees Indian Band et al.: Cook, Roberts, Victoria.*

*Solicitors for the intervener Chief Roger William: Woodward & Company, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

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

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

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

*Procureurs des intervenantes la bande indienne des Songhees et autres : Cook, Roberts, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le chef Roger William : Woodward & Company, Victoria.*

**Geoffrey Saldanha, Leueen Saldanha and  
Dominic Thivy** *Appellants*

v.

**Frederick H. Beals III and Patricia A.  
Beals** *Respondents*

**INDEXED AS: BEALS v. SALDANHA**

**Neutral citation: 2003 SCC 72.**

File No.: 28829.

2003: February 20; 2003: December 18.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,  
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Conflict of laws — Foreign judgments — Enforcement — Action brought in Florida court over sale of Florida land valued at US\$8,000 — Florida court entering default judgment against defendants resident in Ontario — Jury subsequently awarding US\$210,000 in compensatory damages and US\$50,000 in punitive damages — Defendants not properly defending action according to Florida law and not moving to have default judgment set aside or appealing jury award for damages — Whether “real and substantial connection” test for enforcing interprovincial judgments should be extended to foreign judgments — Whether defence of fraud, public policy or natural justice established so that foreign judgment should not be enforced by Canadian courts — Whether enforcing foreign judgment constitutes violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Whether s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms can shield a Canadian defendant from enforcement of foreign judgment.*

*Judgments and orders — Foreign judgments — Enforcement — Rules relating to recognition and*

**Geoffrey Saldanha, Leueen Saldanha et  
Dominic Thivy** *Appellants*

c.

**Frederick H. Beals III et Patricia A.  
Beals** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : BEALS c. SALDANHA**

**Référence neutre : 2003 CSC 72.**

N<sup>o</sup> du greffe : 28829.

2003 : 20 février; 2003 : 18 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

*Droit international privé — Jugements étrangers — Exécution — Action intentée devant un tribunal de la Floride relativement à une vente de terrain pour la somme de 8 000 \$US — Tribunal de la Floride rendant un jugement par défaut contre des défendeurs résidant en Ontario — Jury accordant par la suite les sommes de 210 000 \$US à titre de dommages-intérêts compensatoires et de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs — Défaut des défendeurs de contester l'action correctement selon la loi de la Floride et de chercher à faire annuler le jugement par défaut ou de porter en appel l'attribution de dommages-intérêts par le jury — Le critère du « lien réel et substantiel », applicable à l'exécution des jugements d'une autre province, devrait-il également s'appliquer aux jugements étrangers? — A-t-on établi que le moyen de défense fondé sur la fraude, l'ordre public ou la justice naturelle s'applique de manière à empêcher les tribunaux canadiens d'exécuter le jugement étranger? — L'exécution du jugement étranger viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il protéger un défendeur canadien contre l'exécution d'un jugement étranger?*

*Jugements et ordonnances — Jugements étrangers — Exécution — Règles relatives à la reconnaissance*

*enforcement of foreign judgments by Canadian courts — Nature and scope of defences available to judgment debtor.*

The appellants, residents of Ontario, sold a vacant lot situated in Florida to the respondents. A dispute arose as a result of that transaction and in 1986 the respondents sued the appellants and two other defendants in Florida. A defence was filed but the appellants chose not to defend any of the subsequent amendments to the action. Pursuant to Florida law, the failure to defend the amendments had the effect of not defending the action. The appellants were subsequently noted in default and were served with notice of a jury trial to establish damages. They did not respond to the notice nor did they attend the trial. The jury awarded the respondents US\$210,000 in compensatory damages and US\$50,000 in punitive damages. Upon receipt of the notice of the monetary judgment against them, the appellants sought legal advice. They were advised by an Ontario lawyer that the foreign judgment could not be enforced in Ontario. Relying on this advice, the appellants took no steps to have the judgment set aside or to appeal the judgment in Florida. The damages were not paid and an action was started in Ontario to enforce the Florida judgment. By the time of the hearing in 1998, the foreign judgment with interest had grown to approximately C\$800,000. The trial judge dismissed the action for enforcement primarily on the ground that there had been fraud in relation to the assessment of damages. The Court of Appeal allowed the respondents' appeal.

*Held* (Iacobucci, Binnie and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The judgment of the Florida court should be enforced.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Bastarache, Arbour and Deschamps JJ.: International comity and the prevalence of international cross-border transactions and movement call for a modernization of private international law. Subject to the legislatures adopting a different approach, the "real and substantial connection" test, which has until now only been applied to interprovincial judgments, should apply equally to the recognition and enforcement of foreign judgments. The test requires that a significant connection exist between the cause of action and the foreign court. Here, the "real and substantial connection" test is made out. The appellants entered into a property transaction in Florida when they bought and sold land. As such, there

*et à l'exécution d'un jugement étranger par les tribunaux canadiens — Nature et portée des moyens de défense dont dispose le débiteur judiciaire.*

Les appelants, résidents ontariens, ont vendu aux intimés un terrain vague situé en Floride. Cette opération a engendré un différend et, en 1986, les intimés ont engagé, en Floride, des poursuites contre les appelants et deux autres défendeurs. Les appelants ont produit une défense, mais ils ont choisi de ne répondre à aucune des modifications subséquentement apportées à cette action. Selon la loi de la Floride, cette omission revenait à ne pas contester l'action. Le défaut des appelants a été, par la suite, constaté et ceux-ci ont reçu signification d'un avis les informant qu'un procès devant jury serait tenu dans le but d'établir le montant des dommages-intérêts. Ils n'ont ni répondu à cet avis ni assisté au procès. Le jury a accordé aux intimés les sommes de 210 000 \$US à titre de dommages-intérêts compensatoires et de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs. Les appelants ont sollicité des conseils juridiques aussitôt qu'ils furent avisés du montant qu'ils étaient condamnés à payer. Ils se sont fait dire par un avocat ontarien que ce jugement étranger était inexécutoire en Ontario. Forts de ce conseil, les appelants n'ont entrepris aucune démarche visant à faire annuler ce jugement ou à le porter en appel en Floride. Les dommages-intérêts n'ont pas été payés et une action en exécution du jugement rendu en Floride a été intentée en Ontario. Au moment de l'audition, en 1998, les dommages-intérêts accordés par le jugement étranger, et les intérêts accumulés, totalisaient environ 800 000 \$CAN. Le juge de première instance a rejeté l'action en exécution surtout pour cause de fraude dans l'évaluation des dommages-intérêts. La Cour d'appel a accueilli l'appel des intimés.

*Arrêt* (les juges Iacobucci, Binnie et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. Le jugement du tribunal de la Floride doit être exécuté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Major, Bastarache, Arbour et Deschamps : La courtoisie internationale et la prédominance de la circulation et des opérations transfrontalières internationales commandent une modernisation du droit international privé. À moins que les législatures n'adoptent des lois prescrivant une approche différente, le critère du « lien réel et substantiel », jusqu'à maintenant limité aux jugements d'une autre province, devrait également s'appliquer à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. Ce critère requiert l'existence d'un lien important entre la cause d'action et le tribunal étranger. En l'espèce, le critère du « lien réel et substantiel » est respecté. Les appelants ont conclu une opération immobilière en

exists both a real and substantial connection between the Florida jurisdiction, the subject matter of the action and the defendants. Since the Florida court properly took jurisdiction, its judgment must be recognized and enforced by a domestic court provided that no defences bar its enforcement.

While fraud going to jurisdiction can always be raised before a domestic court to challenge the judgment, the merits of a foreign judgment can be challenged for fraud only where the allegations are new and not the subject of prior adjudication. Where material facts not previously discoverable arise that potentially challenge the evidence that was before the foreign court, the domestic court can decline recognition of the judgment. The defendant has the burden of demonstrating that the facts sought to be raised could not have been discovered by the exercise of due diligence prior to the obtaining of the foreign judgment. Here, the defence of fraud is not made out. The appellants have not claimed that there was evidence of fraud that they could not have discovered had they defended the Florida action. In the absence of such evidence, the trial judge erred in concluding that there was fraud. Although the amount of damages awarded may seem disproportionate, it was a palpable and overriding error for the trial judge to conclude on the dollar amount of the judgment alone that the Florida jury must have been misled.

The defence of natural justice is restricted to the form of the foreign procedure and to due process, and does not relate to the merits of the case. If that procedure, while valid there, is not in accordance with Canada's concept of natural justice, the foreign judgment will be rejected. The defendant carries the burden of proof. In the circumstances of this case, the defence does not arise. The appellants failed to raise any reasonable apprehension of unfairness. They were fully informed about the Florida action, were advised of the case to meet and were granted a fair opportunity to do so. They did not defend the action. Once they received notice of the amount of the judgment, the appellants obviously had precise notice of the extent of their financial exposure. Their failure to move to set aside or appeal the Florida judgment when confronted with the size of the award of damages was not due to a lack of notice but due to their reliance upon negligent legal advice. That

Floride quand ils ont acheté et vendu le terrain. Il existe donc un lien tant réel que substantiel entre le ressort de la Floride, l'objet de l'action et les défendeurs. Vu que le tribunal de la Floride a exercé correctement sa compétence, un tribunal national se doit de reconnaître et d'exécuter le jugement qu'il a rendu, pourvu qu'aucun moyen de défense ne vienne en empêcher l'exécution.

Tandis que la fraude touchant la compétence peut toujours être invoquée devant un tribunal national pour attaquer la validité d'un jugement, la fraude ne peut être invoquée pour contester le bien-fondé d'un jugement étranger qu'en présence d'allégations nouvelles qui n'ont pas déjà été examinées et tranchées. Le tribunal national peut refuser le jugement si on lui soumet des faits substantiels impossibles à découvrir antérieurement et susceptibles de mettre en doute la preuve dont le tribunal étranger était saisi. Pour pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la fraude, le défendeur doit démontrer qu'il n'était pas possible, en faisant montre de diligence raisonnable, de découvrir, avant le prononcé du jugement étranger, les faits maintenant invoqués. Dans la présente affaire, le moyen de défense fondé sur la fraude ne peut pas être invoqué. Les appelants n'ont pas allégué qu'il existait une preuve de fraude qu'ils n'auraient pas pu découvrir s'ils avaient contesté l'action intentée en Floride. En l'absence d'une telle preuve, le juge de première instance a commis une erreur en concluant à l'existence d'une fraude. Bien que le montant des dommages-intérêts accordés puisse paraître démesuré, il reste que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en déduisant, du seul montant accordé par le jugement, que le jury de la Floride avait été induit en erreur.

Le moyen de défense fondé sur la justice naturelle est limité à la forme de la procédure étrangère et à l'application régulière de la loi, et n'a rien à voir avec le bien-fondé de l'affaire. L'exécution du jugement sera refusée dans le cas où, si valide qu'elle soit à l'étranger, la procédure suivie pour le rendre n'est pas conforme à la notion de justice naturelle canadienne. Le fardeau de la preuve incombe au défendeur. En l'espèce, le moyen de défense fondé sur la justice naturelle ne peut pas être invoqué. Les appelants n'ont suscité aucune crainte raisonnable d'injustice. Ils ont été très bien informés de l'action intentée en Floride; ils ont été avisés de la preuve à réfuter et ont eu une possibilité raisonnable de la réfuter. Ils n'ont pas contesté l'action. Il est évident que, lorsqu'ils ont reçu avis du montant accordé par le jugement, les appelants ont alors connu exactement l'ampleur du risque financier auquel ils étaient exposés. Leur défaut de chercher à faire annuler ou de porter en

negligence cannot be a bar to the enforcement of the respondents' judgment.

The public policy defence prevents the enforcement of a foreign judgment which is contrary to the Canadian concept of justice, and turns on whether a foreign law is contrary to our view of basic morality. The award of damages by the Florida jury does not violate our principles of morality such that enforcement of the monetary judgment would shock the conscience of the reasonable Canadian. The sums involved, although they have grown large, are not by themselves a basis to refuse enforcement of the foreign judgment in Canada. The public policy defence is not meant to bar enforcement of a judgment rendered by a foreign court with a real and substantial connection to the cause of action for the sole reason that the claim in that foreign jurisdiction would not yield comparable damages in Canada.

Finally, the recognition and enforcement of the Florida judgment by a Canadian court would not constitute a violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Given that s. 7 does not shield a Canadian resident from the financial effects of the enforcement of a judgment rendered by a Canadian court, it should not shield a Canadian defendant from the enforcement of a foreign judgment.

*Per Iacobucci and Binnie JJ. (dissenting):* The "real and substantial connection" test provides an appropriate conceptual basis for the enforcement of final judgments obtained in foreign jurisdictions. While there is no doubt the Florida courts had jurisdiction over the dispute since the land was located in that jurisdiction, the question is whether the appellants in this proceeding were sufficiently informed of the case against them to allow them to determine, in a reasonable way, whether to participate in the Florida action, or to let it go by default. In this case, the appellants come within the traditional limits of the natural justice defence and the Ontario courts ought not to give effect to the Florida judgment.

The suggestion that the appellants are the authors of their own misfortune on the basis that if they had hired

appel le jugement obtenu en Floride, face à l'importance du montant des dommages-intérêts accordés, est dû non pas à l'absence d'avis, mais plutôt au fait qu'ils ont suivi les conseils erronés de leur avocat. Ce défaut ne saurait faire obstacle à l'exécution du jugement obtenu par les intimés.

Le moyen de défense fondé sur l'ordre public empêche l'exécution d'un jugement étranger contraire à la notion de justice canadienne et oblige à déterminer si une loi étrangère est contraire à nos valeurs morales fondamentales. Le montant des dommages-intérêts accordés par le jury de la Floride ne fait pas entorse à nos principes au point que l'exécution du jugement l'accordant choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes raisonnables. Malgré l'ampleur qu'elles ont prise, les sommes en question ne justifient pas, à elles seules, un refus d'exécuter le jugement étranger au Canada. Le moyen de défense fondé sur l'ordre public n'est pas destiné à empêcher l'exécution du jugement d'un tribunal étranger ayant un lien réel et substantiel avec la cause d'action, pour le seul motif que la demande présentée dans ce ressort étranger ne donnerait pas lieu à des dommages-intérêts comparables au Canada.

Enfin, la reconnaissance et l'exécution, par un tribunal canadien, du jugement rendu en Floride ne constituerait pas une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Vu que l'art. 7 ne protège pas un résident canadien contre les conséquences financières de l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal canadien, il ne doit pas non plus protéger un défendeur canadien contre l'exécution d'un jugement étranger.

*Les juges Iacobucci et Binnie (dissidents) :* Le critère du « lien réel et substantiel » fournit un fondement conceptuel approprié pour exécuter les jugements définitifs obtenus dans des ressorts étrangers. Bien qu'il ne fasse aucun doute que les tribunaux de la Floride étaient compétents pour régler le différend, vu que le terrain était situé dans ce ressort, il faut se demander si l'avis que les appelants en l'espèce ont reçu au sujet du risque auquel ils étaient exposés suffisait pour qu'ils soient en mesure de décider raisonnablement s'ils devaient participer à l'action intentée en Floride ou laisser le tribunal rendre jugement par défaut. Dans la présente affaire, les appelants satisfont aux conditions traditionnelles requises pour pouvoir invoquer la justice naturelle comme moyen de défense, et les tribunaux ontariens doivent s'abstenir de mettre à exécution le jugement de la Floride.

On ne saurait accepter que les appelants sont les artisans de leur malheur en ce sens que l'embauche

a Florida lawyer they would have found out about subsequent developments in the action cannot be accepted. The appellants decided not to defend the case set out against them in the complaint. That case was subsequently transformed. They never had the opportunity to put their minds to the transformed case because they were never told about it.

To make an informed decision, they should have been told in general terms of the case they had to meet on liability and been given an indication of the jeopardy they faced in terms of damages. The respondents' complaint did not adequately convey to the appellants the importance of the decision that would eventually be made in the Florida court.

Cumulatively, the events demonstrate an unfair procedure which in this particular case failed to meet the standards of natural justice. Nowhere was it brought to the appellants' attention that, under the Florida *Rules of Civil Procedure*, they were required to refile their defence every time the respondents amended their complaint against other defendants. In terms of procedural fairness, the appellants were entitled to assume that in the absence of any new allegations against them there was no need to refile a defence that had already been filed in the same action. A Canadian resident is not presumed to know the law of another jurisdiction. As the basis of the respondents' judgment is default of pleading, this lack of notification goes to the heart of the present appeal.

Furthermore, a party must be made aware of the potential jeopardy faced. The appellants received no notice of a 1987 court order striking out the claim for punitive damages against the other defendants — the realtor and the title insurers — on grounds applicable, had they known about it, to the appellants. They were also not told, after being noted in default and before the jury trial, that the respondents had made a deal with the realtor to delete claims against the realtor for treble damages, punitive damages and statutory violations (though these claims were continued on almost identical facts against the appellants). Subsequently, the respondents settled with the realtor and with the title insurers, leaving the appellants as the sole target at the damages trial. They were not told about this. Nor were the appellants served with the court order for mandatory mediation which provided that all parties were required to participate or, as required by the Florida rules, with notice of the experts the respondents proposed to call at the damages assessment. Lastly, the respondents' complaint did not indicate that they were claiming

d'un avocat en Floride leur aurait permis de prendre connaissance de l'évolution subséquente de l'action. Les appelants ont décidé de ne pas contester la preuve déposée contre eux dans la plainte. Cette preuve a été, par la suite, modifiée. Les appelants n'ont jamais eu la possibilité de prendre connaissance de la nouvelle preuve parce qu'on ne leur a jamais fait part de son existence.

Pour qu'ils soient en mesure de prendre une décision éclairée, on aurait dû les informer de la preuve générale qu'ils devaient réfuter et leur faire part des dommages-intérêts auxquels ils risquaient d'être condamnés. La plainte des intimés ne permettait pas aux appelants de saisir la gravité de la décision que pourrait rendre le tribunal de la Floride.

Tout bien considéré, ces événements témoignent d'une procédure inéquitable qui, en l'espèce, ne respectait pas les règles de justice naturelle. Les appelants n'ont jamais été informés que les *Rules of Civil Procedure* de la Floride les obligeaient à déposer de nouveau leur défense chaque fois que les intimés modifiaient leur plainte contre les autres défendeurs. Sur le plan de l'équité procédurale, les appelants étaient en droit de supposer qu'en l'absence de nouvelles allégations contre eux ils n'avaient pas à déposer de nouveau une défense déjà produite en réponse à la même action. Un résident canadien n'est pas présumé connaître la loi applicable dans un autre ressort. Comme le jugement obtenu par les intimés repose sur le défaut de produire un acte de procédure, cette absence d'avis est cruciale en l'espèce.

En outre, une partie doit être informée du risque auquel elle est exposée. Les appelants n'ont pas été avisés de l'ordonnance dans laquelle le tribunal a annulé, en 1987, la demande de dommages-intérêts punitifs présentée contre les autres défendeurs — l'agent immobilier et la société d'assurance de titres de propriété — pour des raisons qui auraient été applicables aux appelants, s'ils les avaient connues. Ils n'ont pas non plus été informés, après la constatation de leur défaut mais avant le procès devant jury, que les intimés et l'agent immobilier avaient convenu de supprimer les demandes de dommages-intérêts triples, de dommages-intérêts punitifs et d'indemnité pour violation de la loi déposées contre l'agent immobilier (même si ces demandes fondées sur des faits quasi identiques étaient maintenues contre les appelants). Par la suite, les intimés ont réglé à l'amiable avec l'agent immobilier et la société d'assurance de titres de propriétés, de sorte que les appelants sont retrouvés les seuls visés à l'audience relative aux dommages-intérêts. Les appelants n'ont pas été informés de ce changement



damages on behalf of corporations, whose names appeared nowhere in the pleadings, in which they had an interest, and that they would be seeking damages for a corporation's lost opportunity to build an undefined number of homes on land to which neither the respondents nor the corporation held title.

A judgment based on inadequate notice is violative of natural justice. A default judgment that rests on such an unfair foundation should not be enforced. The fact that the appellants did not appeal the Florida judgment or seek the indulgence of the Florida court to set the default judgment aside for "excusable neglect" is a relevant consideration, but is not necessarily fatal, and in this case does not justify the enforcement in Ontario of the flawed Florida default judgment.

*Per LeBel J. (dissenting):* The "real and substantial connection" test should be modified significantly when it is applied to judgments originating outside the Canadian federation. Specifically, the assessment of the propriety of the foreign court's jurisdiction should be carried out in a way that acknowledges the additional hardship imposed on a defendant who is required to litigate in a foreign country. The purposive, principled framework should not be confined, however, to the question of jurisdiction. The impeachment defences of public policy, fraud and natural justice ought to be reformulated. Liberalizing the jurisdiction side of the analysis while retaining narrow, strictly construed categories on the defence side is not a coherent approach.

The jurisdiction test itself should be applied so that the assumption of jurisdiction will not be recognized if it is unfair to the defendant. This requires taking into account the differences between the international and interprovincial contexts. The integrated character of the Canadian federation makes a high degree of cooperation between the courts of the various provinces a practical necessity. It is also a constitutional imperative, inherent in the relationship between the units of our federal state, that each province must recognize the properly assumed jurisdiction of another, and conversely that no court in a province can intermeddle in matters that are without a constitutionally sufficient connection to that province.

de situation. Ils n'ont pas non plus reçu signification de l'ordonnance judiciaire de médiation obligatoire qui requérait la participation de toutes les parties, ni été avisés — conformément aux règles de la Floride — des experts que les intimés comptaient appeler à témoigner lors de l'évaluation des dommages-intérêts. Enfin, la plainte des intimés n'indiquait pas qu'ils réclamaient des dommages-intérêts au nom de sociétés dont ils étaient actionnaires et dont les noms ne figuraient nulle part dans les actes de procédure, et qu'ils comptaient réclamer des dommages-intérêts pour la possibilité qu'une société avait perdue de construire un nombre indéterminé de maisons sur un terrain qui ne lui appartenait pas et qui n'appartenait pas non plus aux intimés.

Un jugement fondé sur un avis insuffisant est contraire à la justice naturelle. Il n'y a pas lieu d'exécuter un jugement par défaut ayant un fondement aussi inéquitable. Le fait que les appelants n'ont ni porté en appel le jugement rendu en Floride, ni demandé au tribunal de la Floride de faire montre d'indulgence en annulant pour cause de « négligence excusable » le jugement par défaut, est un facteur pertinent, mais non nécessairement fatal, qui, en l'espèce, ne justifie pas l'exécution en Ontario du jugement vicié rendu par défaut en Floride.

*Le juge LeBel (dissent) :* Il y a lieu de modifier sensiblement le critère du « lien réel et substantiel » lorsqu'il s'agit de l'appliquer à des jugements émanant de l'extérieur de la fédération canadienne. Plus précisément, l'évaluation de la légitimité de la compétence du tribunal étranger doit tenir compte des difficultés supplémentaires auxquelles se heurte le défendeur tenu de plaider dans un pays étranger. Cependant, le système téléologique et fondé sur des principes ne devrait pas se limiter à la question de la compétence. Il est souhaitable de reformuler les moyens de défense fondés sur l'ordre public, la fraude et la justice naturelle. Il est illogique de libéraliser le volet « compétence » de l'analyse tout en continuant de répartir le volet « moyens de défense » dans des catégories bien précises et assujetties à une interprétation stricte.

Le critère même de la compétence doit s'appliquer pour empêcher la reconnaissance de la déclaration de compétence qui est injuste pour la partie défenderesse. Cela exige de tenir compte des différences qui existent entre les contextes international et interprovincial. Le caractère unifié de la fédération canadienne commande, en fait, une large mesure de coopération entre les tribunaux des diverses provinces. De même, un impératif constitutionnel, inhérent au lien existant entre les éléments qui forment notre État fédéral, veut que chaque province reconnaisse la compétence qu'une autre province déclare avoir à juste titre et, à l'inverse, qu'aucun tribunal d'une province ne puisse s'immiscer dans des

Comity as between sovereign nations is not an obligation in the same sense. It follows from the contextual and purpose-driven approach that the rules for recognition and enforcement of foreign-country judgments should be carefully fashioned to reflect the realities of the international context, and calibrated to further to the greatest degree possible, the ultimate objective of facilitating international interactions. However, this does not mean that they should be as liberal as the interprovincial rule. Ideally, the “real and substantial connection” test should represent a balance designed to create the optimum conditions favouring the flow of commodities and services across state lines. The connections required before foreign-country judgments will be enforced should be specified more strictly and in a manner that gives due weight to the protection of Canadian defendants without disregarding the legitimate interests of foreign claimants. This approach is consistent with both the flexible nature of international comity as a principle of enlightened self-interest rather than absolute obligation, and the practical differences between the international and interprovincial contexts.

While the test should ensure that, considering the totality of the connections between the forum and all aspects of the action, it is not unfair to expect the defendant to litigate in that forum, it does not follow that there necessarily has to be a connection between the defendant and the forum. There are situations where, given the other connections between the forum and the proceeding, it is a reasonable place for the action to be heard and the defendant can fairly be expected to go there even though he or she personally has no link at all to that jurisdiction. Under this approach, the connection must be strong enough to make it reasonable for the defendant to be expected to litigate there even though that may entail additional expense, inconvenience, and risk. If litigating in the foreign jurisdiction is very burdensome to the defendant, a stronger degree of connection would be required before the originating court’s assumption of jurisdiction should be recognized as fair and appropriate. In extreme cases, the foreign legal system itself may be inherently unfair. If the process that led to the judgment was unfair in itself, it is not fair to the defendant to enforce that judgment in any circumstance, even if the forum has very strong connections to the action and appears in every other respect to be the natural place for the action to be heard.

affaires qui, sur le plan constitutionnel, n’ont aucun lien suffisant avec la province où il est situé. La courtoisie entre États souverains ne constitue pas une obligation dans le même sens. L’approche contextuelle et téléologique commande que les règles applicables en matière de reconnaissance et d’exécution des jugements étrangers reflètent fidèlement les réalités du contexte international et soient le plus possible adaptées à la réalisation de l’objectif final qui est de faciliter les relations internationales. Cependant, cela ne signifie pas qu’elles doivent être aussi libérales que la règle interprovinciale. Idéalement, le critère du « lien réel et substantiel » devrait représenter une solution de compromis destinée à créer les conditions les plus propices à la circulation des biens et des services d’un pays à l’autre. Les liens nécessaires à l’exécution des jugements étrangers doivent être précisés davantage de manière à donner à la protection des défendeurs canadiens toute l’importance qu’elle mérite, sans pour autant négliger les intérêts légitimes des demandeurs étrangers. Cette approche reste compatible avec la nature souple de la courtoisie internationale en tant que principe d’individualisme constructif et non en tant qu’obligation absolue, et avec les différences concrètes qui existent entre le contexte international et le contexte interprovincial.

Bien que ce critère doive contribuer à assurer que, compte tenu de l’ensemble des liens entre le ressort et tous les aspects de l’action, il n’est pas déraisonnable de s’attendre à ce que le défendeur y plaide, il ne s’ensuit pas nécessairement qu’un lien doit rattacher le défendeur au ressort. En effet, il arrive qu’en raison de ses autres liens avec l’instance le ressort soit un endroit raisonnable pour instruire l’action et que l’on puisse alors raisonnablement s’attendre à ce que le défendeur s’y rende même si, personnellement, il n’a absolument aucun lien avec ce ressort. Selon cette approche, le lien doit être assez solide pour que l’on puisse raisonnablement s’attendre à ce que le défendeur aille plaider devant ce tribunal malgré les dépenses supplémentaires, les inconvénients et le risque que cela peut lui occasionner. Dans le cas où il deviendrait très onéreux pour le défendeur de plaider dans le ressort étranger, la reconnaissance du caractère juste et approprié de la déclaration de compétence du tribunal d’origine exige la démonstration de l’existence d’un lien plus solide. Dans les pires cas, il se peut que le régime juridique étranger lui-même soit foncièrement inéquitable. Lorsque la procédure suivie pour rendre le jugement en cause était inéquitable en soi, il devient alors injuste d’imposer au défendeur l’exécution du jugement dans tous les cas, même si des liens très solides rattachent l’action au ressort et si ce dernier paraît être, à tous autres égards, l’endroit logique pour l’instruction de l’instance.

It follows from those propositions that the notion of interprovincial reciprocity is not equally applicable internationally. To treat a judgment from a foreign country exactly like one that originates within Canada fails to take into account the differences between the interprovincial and international contexts and fails to reflect the differences between assuming jurisdiction and enforcing a foreign judgment. Lastly, s. 7 *Charter* rights are not usually relevant to jurisdictional issues in civil disputes and do not arise in this case, although it is possible that there may be situations where fundamental interests of the defendant are implicated and s. 7 could come into play.

In this case, Florida was the natural place for the action to be heard because there were very strong connections between that state and every component of the action: the plaintiffs, who live there; the land, which is in Florida; and the defendants, who involved themselves in real estate transactions there.

The public policy defence should be reserved for cases where the objection is to the law of the foreign forum, rather than the way the law was applied, or the size of the award *per se*. It should also apply to foreign laws that offend basic tenets of our civil justice system, principles that are widely recognized as having a quality of essential fairness. Here, the defects in the judgment, while severe, do not engage the public policy defence. The enforcement of such a large award in the absence of a connection either to harm suffered by the plaintiffs and caused by the defendants or to conduct deserving of punishment on the part of the defendants would be contrary to basic Canadian ideas of justice. But there is no evidence that the law of Florida offends these principles. On the contrary, the record indicates that Florida law requires proof of damages in the usual fashion and there is no indication that punitive damages are available where the defendant's conduct is not morally blameworthy.

In general, the rule that the defence of fraud must be based on previously undiscoverable evidence is a reasonably balanced solution. However, the possibility that a broader test should apply to default judgments in cases where the defendant's decision not to participate was a demonstrably reasonable one should not be ruled out. If the defendant ignored what it justifiably considered to be a trivial or meritless claim, and can prove on the civil

Il découle de ces propositions que la notion de réciprocité interprovinciale ne s'applique tout autant aux jugements rendus à l'extérieur du Canada. Traiter un jugement émanant d'un pays étranger exactement sur le même pied qu'un jugement rendu au Canada ne tient pas compte des différences très réelles qui existent entre les contextes interprovincial et international, et ne reflète pas les différences entre la déclaration de compétence et l'exécution d'un jugement étranger. Enfin, les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* ne sont généralement pas pertinents relativement aux questions de compétence soulevées en matière civile et n'interviennent pas en l'espèce, quoiqu'il puisse y avoir des cas où les intérêts fondamentaux du défendeur sont en cause et où l'art. 7 entre alors en jeu.

En l'espèce, la Floride était l'endroit logique pour l'instruction de l'action en raison de l'existence de liens très solides entre cet État et chaque élément de l'action : les demandeurs y vivent, le terrain y est situé, et les défendeurs y ont effectué des opérations immobilières.

Il y a lieu de continuer à limiter la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'ordre public aux cas où l'objection vise le droit applicable dans le ressort étranger et non la manière dont ce droit a été appliqué ou le montant même des dommages-intérêts qui a été accordé. Il doit également pouvoir être invoqué à l'encontre de lois étrangères violant les règles fondamentales de notre système de justice civile, qui sont largement reconnues comme étant essentiellement équitables. Dans la présente affaire, les vices du jugement, si graves soient-ils, ne donnent pas ouverture au moyen de défense fondé sur l'ordre public. À défaut d'un lien soit avec un préjudice causé aux demandeurs par les défendeurs, soit avec une conduite des défendeurs qui mérite d'être punie, l'exécution d'un jugement accordant un montant de dommages-intérêts aussi élevé serait contraire aux notions de justice fondamentales canadiennes. Cependant, rien ne prouve que le droit de la Floride viole ces principes. Au contraire, le dossier indique que le droit de la Floride exige que la preuve du préjudice soit faite de la manière habituelle, et rien n'indique qu'il est possible d'obtenir des dommages-intérêts punitifs lorsque la conduite du défendeur n'est pas moralement répréhensible.

En général, la règle voulant que le moyen de défense fondé sur la fraude ne puisse être invoqué qu'à la lumière d'éléments de preuve impossibles à découvrir antérieurement représente un juste milieu raisonnable. Toutefois, il n'y a pas lieu d'écarter la possibilité d'appliquer un critère plus large aux jugements par défaut dans les situations où la décision du défendeur de ne pas participer à l'instance était manifestement raisonnable. Dans le cas

standard that the plaintiff took advantage of his absence to perpetrate a deliberate deception on the foreign court, it would be inappropriate to insist that a Canadian court asked to enforce the resulting judgment must turn a blind eye to those facts. Accordingly, a more generous version of the fraud defence ought to be available, as required, to address the dangers of abuse associated with the loosening of the jurisdiction test to admit a broad category of formerly unenforceable default judgments. In the present case, the defence of fraud is not made out. All the facts that the appellants raise in this connection were known to them or could have been discovered at the time of the Florida action. Furthermore, even though this is the kind of case for which a more lenient interpretation of the fraud defence would, in principle, be appropriate, because the appellants' decision not to attend the Florida proceedings was a reasonable one, given the lack of evidence, the defence could not succeed even on the view that the judgment could be vitiated by proof of intentional fraud.

The defence of natural justice concerns the procedure by which the foreign court reached its decision. If a defendant can establish that the process by which the foreign judgment was obtained was contrary to the Canadian conception of natural justice, then the foreign judgment should not be enforced. Two developments should be recognized in connection with this defence: the requirements of notice and a hearing should be construed in a purposive and flexible manner, and substantive principles of justice should also be included in the scope of the defence. Notice is adequate when the defendant is given enough information to assess the extent of his or her jeopardy. This means, among other things, that the defendant should be made aware of the approximate amount sought. Adequate notice must also include alerting the defendant to the consequences of any procedural steps taken or not taken, as well as to the allegations that will be adjudicated at trial. In assessing whether the defence of natural justice has been made out, the opportunities for correcting a denial of natural justice that existed in the originating jurisdiction should be assessed in light of all the relevant factors. Here, the Ontario defendants were not given sufficient notice of the extent and nature of the claims against them in the Florida action and its potential ramifications. Furthermore, there was no notice as to the serious consequences to the defendants of failure to refile their defence in response to the

où le défendeur n'a pas réagi à ce qu'il considérait, à juste titre, comme étant une demande futile et dénuée de fondement, et où il peut prouver, selon la norme applicable en matière civile, que le demandeur a profité de son absence pour délibérément induire en erreur le tribunal étranger, on serait malvenu de soutenir qu'un tribunal canadien saisi d'une demande d'exécution du jugement qui a résulté doit fermer les yeux sur ces faits. Par conséquent, une version plus généreuse du moyen de défense fondé sur la fraude devrait pouvoir être invoquée lorsque cela s'avère nécessaire pour réduire les risques d'abus liés à l'assouplissement du critère de compétence qui permet désormais la reconnaissance d'une large catégorie de jugements par défaut auparavant inexécutaires. Le moyen de défense fondé sur la fraude n'est pas recevable en l'espèce. Tous les faits que les appelants évoquent à l'appui de ce moyen de défense étaient connus d'eux ou auraient pu être découverts à l'époque de l'action en Floride. De plus, même s'il s'agit d'un cas où il conviendrait, en principe, de donner une interprétation plus généreuse du moyen de défense fondé sur la fraude parce que la décision des appelants de ne pas participer aux procédures en Floride était raisonnable, il reste qu'en l'absence de preuve ce moyen de défense ne pouvait pas être invoqué avec succès même en tenant pour acquis que le jugement serait vicié si on pouvait établir l'existence d'une fraude commise de propos délibéré.

Le moyen de défense fondé sur la justice naturelle vise la procédure que le tribunal étranger a suivie pour rendre sa décision. Il n'y a pas lieu d'exécuter le jugement étranger lorsque le défendeur peut établir que la procédure suivie pour l'obtenir était contraire à la notion canadienne de justice naturelle. Ce moyen de défense doit être remanié sous deux aspects : les exigences en matière d'avis et d'audience doivent recevoir une interprétation téléologique et souple, et le moyen de défense doit également englober les principes de justice substantiels. L'avis est suffisant lorsque le défendeur reçoit assez de renseignements pour pouvoir mesurer l'ampleur du risque auquel il est exposé. Cela signifie, notamment, que le défendeur doit être informé du montant approximatif réclamé. Pour être suffisant, l'avis doit aussi prévenir le défendeur des conséquences de toutes les démarches procédurales effectuées ou non effectuées, ainsi que des allégations qui seront examinées et tranchées au procès. Pour décider si le moyen de défense fondé sur la justice naturelle peut être invoqué, il convient d'évaluer, à la lumière de tous les facteurs pertinents, la possibilité qu'il y avait, dans le ressort d'origine, d'exercer des recours destinés à corriger un déni de justice naturelle. Dans la présente affaire, les défendeurs ontariens n'ont pas suffisamment été avertis de l'étendue et de la nature des allégations formulées contre eux dans le cadre de l'action intentée en Floride et des conséquences que cette action pourrait

plaintiffs' repeatedly amended pleadings. As a result, the notice afforded to the defendants did not meet the requirements of natural justice. Finally, the mere fact that the appellants have received mistaken legal advice and did not avail themselves of the remedies available in Florida should not operate to relieve the respondents entirely of the consequences of a significant or substantial failure to observe the rules of natural justice, and it should not, in itself, bar the appellants from relying on this defence. In the circumstances of this case, when all the relevant factors are considered, the appellants' apprehensiveness about going to Florida to seek relief was understandable.

Even if the natural justice defence did not apply, this judgment should not be enforced. The facts raise very serious concerns about the fairness of enforcing the Florida judgment which do not fit easily into the categories identified by the traditional impeachment defences. The circumstances of this case are such that the enforcement of this judgment would shock the conscience of Canadians and cast a negative light on our justice system. The appellants have done nothing that infringes the rights of the respondents and have certainly done nothing to deserve such harsh punishment. Nor can they be said to have sought to avoid their obligations by hiding in their own jurisdiction or to have shown disrespect for the legal system of Florida. They have acted in good faith throughout and have diligently taken all the steps that appeared to be required of them, based on the information and advice they had. The plaintiffs in Florida appear to have taken advantage of the defendants' difficult position to pursue their interests as aggressively as possible and to secure a sizeable windfall. The Ontario court should not have to set its seal of approval on the judgment thus obtained without regard for the dubious nature of the claim, the fact that the parties did not compete on a level playing field, and the lack of transparency in the Florida proceedings. The implication of the majority position is that Canadian defendants will from now on be obliged to participate in foreign lawsuits no matter how meritless the claim or how small the amount of damages appears to be, on pain of potentially devastating consequences from which Canadian courts will be virtually powerless to protect them. Moving the law of conflicts in such a direction should be avoided.

entraîner. Les défendeurs n'ont pas non plus été avisés des risques sérieux auxquels les exposerait le défaut de déposer de nouveau leur défense pour répondre aux actes de procédure maintes fois modifiés des demandeurs. Par conséquent, l'avis donné aux défendeurs ne satisfaisait pas aux exigences de la justice naturelle. Enfin, le simple fait que les appelants aient reçu des conseils juridiques erronés et qu'ils n'aient pas exercé les recours disponibles en Floride ne devrait pas soustraire les intimés à toutes les conséquences d'une violation importante ou substantielle des règles de justice naturelle, ni empêcher, en soi, les appelants d'invoquer ce moyen de défense. Compte tenu de tous les facteurs pertinents, la réticence des appelants à retourner en Floride pour y exercer un recours devenait compréhensible dans les circonstances.

Même s'il n'était pas possible d'invoquer le moyen de défense fondé sur la justice naturelle, il n'y aurait pas lieu d'exécuter ce jugement. Les faits soulèvent de très sérieuses questions au sujet du caractère équitable de l'exécution du jugement de la Floride qui entre difficilement dans les catégories visées par les défenses traditionnelles consistant à attaquer la validité d'un jugement. Les circonstances de la présente affaire sont telles que l'exécution du jugement choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes et jetterait une ombre sur notre système judiciaire. Les appelants n'ont rien fait qui porte atteinte aux droits des intimés et n'ont certes rien fait qui mérite d'être puni aussi sévèrement. On ne peut pas dire non plus qu'ils ont cherché à se soustraire à leurs obligations en se terrant dans leur propre ressort ou qu'ils ont manqué de respect envers le régime juridique de la Floride. Compte tenu des renseignements et des conseils qui leur avaient été donnés, ils ont agi de bonne foi en tout temps et ont fait montre de diligence en prenant toutes les mesures qui leur semblaient requises. Les demandeurs à l'action intentée en Floride semblent avoir profité de la situation difficile des défendeurs pour protéger leurs intérêts aussi énergiquement que possible, et pour réaliser un profit important et inattendu. En raison de l'inégalité des chances entre les parties et du manque de transparence des procédures qui se sont déroulées en Floride, le tribunal de l'Ontario n'aurait pas dû autoriser l'exécution du jugement ainsi obtenu, sans tenir compte de la nature douteuse de la demande. Le point de vue adopté par les juges majoritaires signifie que les défendeurs canadiens seront désormais tenus de participer aux poursuites intentées à l'étranger — même celles qui peuvent sembler plus ou moins fondées ou si dérisoire que puisse raisonnablement paraître le montant de dommages-intérêts réclamé — sous peine de subir des conséquences potentiellement dévastatrices contre lesquelles les tribunaux canadiens ne pourront pratiquement pas les protéger. Il faut éviter de donner cette orientation au droit international privé.

## Cases Cited

By Major J.

**Applied:** *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; **referred to:** *Moses v. Shore Boat Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. xi; *United States of America v. Ivey* (1996), 30 O.R. (3d) 370; *Old North State Brewing Co. v. Newlands Services Inc.*, [1999] 4 W.W.R. 573; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 213 D.L.R. (4th) 577; *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Woodruff v. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242; *Jacobs v. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496; *Roglass Consultants Inc. v. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393; *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218.

By Binnie J. (dissenting)

*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Adams v. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929.

By LeBel J. (dissenting)

*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Yahoo!, Inc. v. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 169 F.Supp.2d 1181 (2001); *Emanuel v. Symon*, [1908] 1 K.B. 302; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Mercandino v. Devoe & Reynolds, Inc.*, 436 A.2d 942 (1981); *United States of America v. Ivey* (1995), 26 O.R. (3d) 533; *Kidron v. Grean* (1996), 48 O.R. (3d) 775; *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf* (1992), 88 D.L.R. (4th) 612; *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *Loewen Group, Inc. v. United States of America*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB(AF)/98/3, June 26, 2003; *Woodruff v. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242; *Abouloff v. Oppenheimer* (1882), 10 Q.B.D. 295; *Owens Bank Ltd. v. Bracco*, [1992] 2 All E.R. 193; *Jacobs v. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496; *Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Sm. L.C. (8th ed.) 784; *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218; *Adams v. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929; *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 516.

## Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêt appliqué:** *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; **arrêts mentionnés:** *Moses c. Shore Boat Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. xi; *United States of America c. Ivey* (1996), 30 O.R. (3d) 370; *Old North State Brewing Co. c. Newlands Services Inc.*, [1999] 4 W.W.R. 573; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 213 D.L.R. (4th) 577; *Indyka c. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Woodruff c. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242; *Jacobs c. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496; *Roglass Consultants Inc. c. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393; *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Adams c. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929.

Citée par le juge LeBel (dissident)

*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Yahoo!, Inc. c. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 169 F.Supp.2d 1181 (2001); *Emanuel c. Symon*, [1908] 1 K.B. 302; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Mercandino c. Devoe & Reynolds, Inc.*, 436 A.2d 942 (1981); *United States of America c. Ivey* (1995), 26 O.R. (3d) 533; *Kidron c. Grean* (1996), 48 O.R. (3d) 775; *Boardwalk Regency Corp. c. Maalouf* (1992), 88 D.L.R. (4th) 612; *BMW of North America, Inc. c. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *Loewen Group, Inc. c. United States of America*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, n° ARB(AF)/98/3, 26 juin 2003; *Woodruff c. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242; *Abouloff c. Oppenheimer* (1882), 10 Q.B.D. 295; *Owens Bank Ltd. c. Bracco*, [1992] 2 All E.R. 193; *Jacobs c. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496; *Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Sm. L.C. (8th ed.) 784; *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218; *Adams c. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929; *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516.

**Statutes and Regulations Cited**

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64.  
 Fla. Stat. Ann. R. Civ. P. § 1.190(a) (West 1967).  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 19.02(3).  
*United States Constitution*, Article IV, Amendment V, Amendment XIV.

**Authors Cited**

- Blom, Joost. "Conflict of Laws — Enforcement of Extraprovincial Default Judgment — Real and Substantial Connection: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 733.  
 Blom, Joost. "The Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard Goes Forth Into the World*" (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 373.  
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2003).  
 Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 2002 (loose-leaf updated May 2003, Issue 5).  
*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000.  
 Nygh, P. E. *Conflict of Laws in Australia*, 6th ed. North Ryde: Butterworths, 1995.  
 Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. "If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal: Thémis, 2001.  
 Walker, Janet. "Beals v. Saldanha: Striking the Comity Balance Anew" (2002), 5 *Can. Int'l Law.* 28.  
 Watson, Garry D., and Frank Au. "Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from *Morguard*" (2000), 23 *Advocates' Q.* 167.  
 Yntema, Hessel E. "The Objectives of Private International Law" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721.  
 Ziegel, Jacob S. "Enforcement of Foreign Judgments in Canada, Unlevel Playing Fields, and *Beals v. Saldanha*: A Consumer Perspective" (2003), 38 *Can. Bus. L.J.* 294.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 54 O.R. (3d) 641, 202 D.L.R. (4th) 630, 148 O.A.C. 1, 10 C.P.C. (5th) 191, [2001] O.J. No. 2586 (QL), reversing a judgment of the Ontario Court (General Division) (1998), 42 O.R. (3d) 127, 27 C.P.C. (4th) 144, [1998] O.J. No. 4519 (QL). Appeal dismissed, Iacobucci, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

**Lois et règlements cités**

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64.  
*Constitution des États-Unis d'Amérique*, article IV, Cinquième amendement, Quatorzième amendement.  
 Fla. Stat. Ann. R. Civ. P. § 1.190(a) (West 1967).  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194, règle 19.02(3).

**Doctrine citée**

- Blom, Joost. « Conflict of Laws — Enforcement of Extraprovincial Default Judgment — Real and Substantial Connection : *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* » (1991), 70 *R. du B. can.* 733.  
 Blom, Joost. « The Enforcement of Foreign Judgments : *Morguard Goes Forth Into the World* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 373.  
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2003).  
 Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto : Butterworths; 2002 (loose-leaf updated May 2003, Issue 5).  
*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London : Sweet & Maxwell, 2000.  
 Nygh, P. E. *Conflict of Laws in Australia*, 6th ed. North Ryde : Butterworths, 1995.  
 Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. « If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal : Thémis, 2001.  
 Walker, Janet. « *Beals v. Saldanha* : Striking the Comity Balance Anew » (2002), 5 *R.C.D.I.* 28.  
 Watson, Garry D., and Frank Au. « Constitutional Limits on Service Ex Juris : Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Advocates' Q.* 167.  
 Yntema, Hessel E. « The Objectives of Private International Law » (1957), 35 *R. du B. can.* 721.  
 Ziegel, Jacob S. « Enforcement of Foreign Judgments in Canada, Unlevel Playing Fields, and *Beals v. Saldanha* : A Consumer Perspective » (2003), 38 *Rev. can. dr. comm.* 294.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 54 O.R. (3d) 641, 202 D.L.R. (4th) 630, 148 O.A.C. 1, 10 C.P.C. (5th) 191, [2001] O.J. No. 2586 (QL), infirmant un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 42 O.R. (3d) 127, 27 C.P.C. (4th) 144, [1998] O.J. No. 4519 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci, Binnie et LeBel sont dissidents.

*J. Brian Casey, Janet E. Mills and Matthew J. Latella*, for the appellants Geoffrey Saldanha and Leueen Saldanha.

*Neal H. Roth*, for the appellant Dominic Thivy.

*Messod Boussidan, Larry J. Levine, Q.C., and Kevin D. Sherkin*, for the respondents.

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

MAJOR J. —

### I. Introduction

1 The rules related to the recognition and enforcement of foreign judgments by Canadian courts are the focus of this appeal. “Foreign” in the context of this case refers to a judgment rendered by a court outside Canada, as opposed to an interprovincial judgment.

2 The appellants, residents of Ontario, were the owners of a vacant lot in Sarasota County, Florida. They sold the lot to the respondents. A dispute arose as a result of that transaction. The respondents eventually commenced two actions against the appellants in Florida. Only the second action is relevant to this appeal. The appellants received notice at all stages of the litigation and defended the first action, which was dismissed without prejudice. A defence was filed to the second action without the knowledge of the Saldanhas.

3 The appellants chose not to defend any of the three subsequent amendments to the second action. Pursuant to Florida law, the failure to defend the amendments had the effect of not defending the second action and the appellants were subsequently noted in default. Damages of US\$260,000 were awarded by a jury convened to assess damages. The damages were not paid and an action was started in Ontario to enforce the Florida judgment.

4 We have to first determine the circumstances under which a foreign judgment shall be recognized

*J. Brian Casey, Janet E. Mills et Matthew J. Latella*, pour les appelants Geoffrey Saldanha et Leueen Saldanha.

*Neal H. Roth*, pour l’appelant Dominic Thivy.

*Messod Boussidan, Larry J. Levine, c.r., et Kevin D. Sherkin*, pour les intimés.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Major, Bastarache, Arbour et Deschamps rendu par

LE JUGE MAJOR —

### I. Introduction

Les règles relatives à la reconnaissance et à l’exécution d’un jugement étranger par les tribunaux canadiens sont au cœur du présent pourvoi. Le mot « étranger » sert, en l’espèce, à qualifier un jugement rendu à l’extérieur du Canada, comparative-ment à un jugement rendu dans une autre province ou un autre territoire du Canada.

Les appelants, résidents ontariens, étaient propriétaires d’un terrain vague situé dans le comté de Sarasota, en Floride. Ils ont vendu le terrain aux intimés. Cette opération a engendré un différend. En définitive, les intimés ont intenté en Floride deux actions contre les appelants. Seule la deuxième action est pertinente en l’espèce. Les appelants ont reçu des avis à toutes les étapes du litige et ont contesté la première action, qui a été rejetée sous toutes réserves. À l’insu des Saldanha, une défense a été produite relativement à la deuxième action.

Les appelants ont choisi de ne répondre à aucune des trois modifications subséquemment apportées à la deuxième action. Selon la loi de la Floride, cette omission revenait à ne pas contester la deuxième action, et le défaut des appelants a été, par la suite, constaté. Un jury formé pour évaluer les dommages-intérêts a accordé la somme de 260 000 \$US. Ces dommages-intérêts n’ont pas été payés et une action en exécution du jugement rendu en Floride a été intentée en Ontario.

Il nous faut d’abord déterminer les circonstances dans lesquelles il y a lieu de reconnaître et



and enforced in Canada. Next, the nature and scope of the defences available to the judgment debtor must be established. For the purposes of these reasons, I assume the laws of other Canadian provinces are substantially the same as in Ontario and for that reason, Canada and Ontario are used interchangeably. A future case involving another part of Canada will be considered in light of whatever differences, if any, exist there.

## II. Facts

The appellants were Ontario residents. In 1981, they and Rose Thivy, who is Dominic Thivy's wife and no longer a party to this action, purchased a lot in Florida for US\$4,000. Three years later, Rose Thivy was contacted by a real estate agent acting for the respondents as well as for William and Susanne Foody (who assigned their interest to the Beales' and are no longer parties to this action) enquiring about purchasing the lot. In the name of her co-owners, Mrs. Thivy advised the agent that they would sell the lot for US\$8,000. The written offer erroneously referred to "Lot 1" as the lot being purchased instead of "Lot 2". Rose Thivy advised the real estate agent of the error and subsequently changed the number of the lot on the offer to "Lot 2". The amended offer was accepted and "Lot 2" was transferred to the respondents and the Foodys.

The respondents had purchased the lot in question in order to construct a model home for their construction business. Some months later, the respondents learned that they had been building on Lot 1, a lot that they did not own. In February 1985, the respondents commenced what was the first action in Charlotte County, Florida, for "damages which exceed \$5,000". This was a customary way of pleading in Florida to give the Circuit Court monetary jurisdiction. The appellants, representing themselves, filed a defence. In September 1986, the appellants were notified that that action had been

d'exécuter un jugement étranger au Canada. Il faut ensuite établir la nature et la portée des moyens de défense dont dispose le débiteur judiciaire. Pour les besoins des présents motifs, je tiens pour acquis que les lois des autres provinces canadiennes sont essentiellement les mêmes qu'en Ontario, et c'est pourquoi j'utiliserai indifféremment les mots « Canada » et « Ontario ». Par contre, les litiges mettant en cause un autre ressort du Canada seront examinés à la lumière de toute différence que pourra comporter ce ressort.

## II. Les faits

Les appelants étaient des résidents ontariens. En 1981, ils ont acheté un terrain en Floride pour la somme de 4 000 \$US, conjointement avec M<sup>me</sup> Rose Thivy, l'épouse de M. Dominic Thivy, qui elle-même n'est plus partie à la présente action. Trois ans plus tard, un agent immobilier représentant les intimés ainsi que William et Susanne Foody (qui ont cédé leurs droits aux Beals et ne sont plus parties à l'action) a communiqué avec M<sup>me</sup> Rose Thivy pour discuter de la possibilité d'acheter le terrain. Se faisant la porte-parole des copropriétaires, M<sup>me</sup> Thivy a informé l'agent immobilier qu'ils seraient disposés à vendre le terrain pour la somme de 8 000 \$US. L'offre écrite désignait par erreur le terrain acheté comme étant le « lot 1 » au lieu du « lot 2 ». Madame Rose Thivy a signalé cette erreur à l'agent immobilier et a subséquemment changé le numéro inscrit sur l'offre de manière à y lire « lot 2 ». L'offre modifiée a été acceptée et la propriété du « lot 2 » a été cédée aux intimés et aux Foody.

Les intimés avaient acheté le terrain en question dans le but d'y construire une maison-témoin destinée à leur entreprise de construction. Quelques mois plus tard, ils ont appris qu'ils avaient construit la maison-témoin sur le lot 1, qui ne leur appartenait pas. En février 1985, les intimés ont intenté dans le comté de Charlotte, en Floride, ce qui constituait la première action en [TRADUCTION] « dommages-intérêts supérieurs à 5 000 \$ ». En Floride, cette précision était apportée pour que la Cour de circuit ait compétence pour instruire l'affaire. Les appelants, qui n'avaient pas retenu les

5

6

dismissed voluntarily and without prejudice because it had been brought in the wrong county.

7 In September 1986, a second action (“Complaint”) was commenced by the respondents in the Circuit Court for Sarasota County, Florida. That Complaint was served on the appellants, in Ontario, to rescind the contract of purchase and sale and claimed damages in excess of US\$5,000, treble damages and other relief authorized by statute in Florida. This Complaint was identical to that in the first action except for the addition of allegations of fraud. Shortly thereafter, an Amended Complaint, simply deleting one of the defendants, was served on the appellants. A statement of defence (a duplicate of the defence filed in the first action) was filed by Mrs. Thivy on behalf of the appellants. The trial judge accepted the evidence of the Saldanhas that they had not signed the document. Accordingly, the Saldanhas were found not to have attorned. As discussed further in these reasons, Dominic Thivy’s situation differs.

8 In May 1987, the respondents served a Second Amended Complaint which modified allegations brought against a co-defendant who is no longer a party, but included all the earlier allegations brought against the appellants. No defence was filed. A Third Amended Complaint was served on the appellants on May 7, 1990 and again, no defence was filed. Under Florida law, the appellants were required to file a defence to each new amended complaint; otherwise, they risked being noted in default. A motion to note the appellants in default for their failure to file a defence to the Third Amended Complaint and a notice of hearing were served on the appellants in June 1990. The appellants did not respond to this notice. On July 25, 1990, a Florida court entered “default” against the appellants, the effect of which, under Florida law, was that they were deemed to have admitted

services d’un avocat, ont produit une défense. En septembre 1986, ils ont été avisés que cette action avait été rejetée sur requête des demandeurs et sous toutes réserves, pour le motif qu’elle avait été intentée dans le mauvais ressort.

En septembre 1986, les intimés ont intenté une deuxième action (« plainte ») devant la Cour de circuit du comté de Sarasota, en Floride. En Ontario, les appelants ont reçu signification de cette plainte dans laquelle les intimés réclamaient la résiliation du contrat d’achat et des dommages-intérêts supérieurs à 5 000 \$US, ainsi que des dommages-intérêts triples et d’autres mesures de réparation autorisées par la loi de la Floride. Hormis les allégations de fraude qui y étaient ajoutées, cette plainte était identique à celle déposée dans le cadre de la première action. Peu après, les appelants ont reçu signification d’une plainte modifiée, dans laquelle on rayait simplement le nom d’un des défendeurs. Madame Thivy a produit, au nom des appelants, une défense identique à celle produite dans le cadre de la première action. Le juge de première instance a accepté le témoignage dans lequel les Saldanha niaient avoir signé la nouvelle défense. Par conséquent, il a estimé que les Saldanha n’avaient pas acquiescé à la nouvelle action. Comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs, la situation de Dominic Thivy est différente.

En mai 1987, les intimés ont signifié une deuxième plainte modifiée dans laquelle ils avaient modifié les allégations formulées contre une codéfenderesse, qui n’est plus partie à l’action, mais comportant toutes celles déjà formulées contre les appelants. Aucune défense n’a été produite. Une troisième plainte modifiée a été signifiée aux appelants le 7 mai 1990 et, là encore, aucune défense n’a été produite. Suivant la loi de la Floride, les appelants étaient tenus de produire une défense pour chaque nouvelle plainte modifiée, sans quoi ils pourraient faire l’objet d’une constatation de défaut. En juin 1990, les appelants ont reçu signification du dépôt d’une requête en constatation de défaut en raison de leur omission de produire une défense à l’encontre de la troisième plainte modifiée, ainsi qu’un avis d’audition auquel ils n’ont pas répondu. Le 25 juillet 1990, un tribunal de la Floride a

the allegations contained in the Third Amended Complaint.

The appellants were served with notice of a jury trial to establish damages. They did not respond to the notice nor did they attend the trial held in December 1991. Mr. Foody, the respondent Mr. Beals, and an expert witness on business losses testified at the trial. The jury awarded the respondents damages of US\$210,000 in compensatory damages and US\$50,000 in punitive damages, plus post-judgment interest of 12 percent per annum. Notice of the monetary judgment was received by the appellants in late December 1991.

Upon receipt of the notice of the monetary judgment against them, the Saldanhas sought legal advice. They were advised by an Ontario lawyer that the foreign judgment could not be enforced in Ontario because the appellants had not attorned to the Florida court's jurisdiction. Relying on this advice, the appellants took no steps to have the judgment set aside, as they were entitled to try and do under Florida law, or to appeal the judgment in Florida. Florida law permitted the appellants ten days to commence an appeal and up to one year to bring a motion to have the judgment obtained there set aside on the grounds of "excusable neglect", "fraud" or "other misconduct of an adverse party".

In 1993, the respondents brought an action before the Ontario Court (General Division) seeking the enforcement of the Florida judgment. By the time of the hearing before that court, in 1998, the foreign judgment, with interest, had grown to approximately C\$800,000. The trial judge dismissed the action for enforcement on the ground that there had been fraud in relation to the assessment of damages and for the additional reason of public policy. The Ontario Court of Appeal, Weiler J.A. dissenting, allowed the appeal.

constaté le « défaut » des appelants, de sorte que, selon la loi de la Floride, ceux-ci étaient désormais réputés avoir admis les allégations contenues dans la troisième plainte modifiée.

Les appelants ont reçu signification d'un avis les informant qu'un procès devant jury serait tenu dans le but d'établir le montant des dommages-intérêts. Ils n'ont ni répondu à cet avis ni assisté au procès en décembre 1991. Monsieur Foody, l'intimé Beals et un expert en matière de pertes d'entreprise ont témoigné au procès. Le jury a accordé aux intimés la somme de 210 000 \$US à titre de dommages-intérêts compensatoires et celle de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs, au taux annuel de 12 pour 100 à compter de la date du jugement. Les appelants ont été avisés, à la fin du mois de décembre 1991, du montant accordé par jugement.

Les Saldanha ont sollicité des conseils juridiques aussitôt qu'ils furent avisés du montant qu'ils étaient condamnés à payer. Ils se sont fait dire par un avocat ontarien que ce jugement étranger était inexécutoire en Ontario, vu qu'ils n'avaient pas acquiescé à la compétence du tribunal de la Floride. Forts de ce conseil, les appelants n'ont pas entrepris les démarches prévues par la loi de la Floride en vue de faire annuler ce jugement ou en vue de le porter en appel en Floride. La loi de la Floride leur accordait dix jours pour interjeter appel et jusqu'à un an pour présenter une requête en annulation du jugement du tribunal de cet État pour cause de [TRADUCTION] « négligence excusable » ou de « fraude », ou encore en raison d'une « autre inconduite de la part d'une partie adverse ».

En 1993, les intimés ont intenté, devant la Cour de l'Ontario (Division générale), une action en exécution du jugement rendu en Floride. Au moment de l'audition devant cette cour, en 1998, les dommages-intérêts accordés par le jugement étranger, et les intérêts accumulés, totalisaient environ 800 000 \$CAN. Le juge de première instance a rejeté l'action en exécution pour cause de fraude dans l'évaluation des dommages-intérêts, invoquant aussi l'ordre public. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario a été accueilli, la juge Weiler étant dissidente.

9

10

11

### III. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)* (1998), 42 O.R. (3d) 127

12 The trial judge declared the Florida judgment unenforceable in Ontario. Having concluded from the verdict of the Florida jury that it had not been made aware of certain facts, the trial judge dismissed the action on the basis of fraud. He also held that the judgment was unenforceable on the grounds of public policy. The trial judge recommended that the defence of public policy be broadened to include a “judicial sniff test” which would permit a domestic court to refuse enforcement of a foreign judgment in cases where the facts did not satisfy any of the three existing defences to enforcement but were nevertheless egregious.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 54 O.R. (3d) 641

13 A majority of the Ontario Court of Appeal allowed the appeal. Doherty and Catzman J.J.A. concluded that neither the defence of fraud nor of public policy had application to this case.

14 As to the defence of fraud, Doherty J.A. held that that defence was only available where the allegations of fraud rest on “newly discovered facts”, that is, facts that a defendant could not have discovered through the exercise of reasonable diligence prior to the granting of the judgment. He concluded that the trial judge erred in relying on assumed facts that conceivably might have been uncovered by the appellants had they chosen to participate in the Florida proceedings. Even if the trial judge had correctly defined the defence of fraud, Doherty J.A. held that there was no evidence that the judgment had been obtained by fraud.

15 On the defence of public policy, Doherty J.A. rejected the need to incorporate a “judicial sniff test” as part of that defence. Assuming a “sniff test”

### III. Les instances inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1998), 42 O.R. (3d) 127

Le juge de première instance a déclaré inexécutoire en Ontario le jugement rendu en Floride. Il a rejeté l'action pour cause de fraude, après avoir conclu que le verdict prononcé montrait que le jury de la Floride n'avait pas été informé de certains faits. Le juge de première instance a aussi conclu que le jugement était inexécutoire pour des raisons d'ordre public. Il a recommandé d'élargir le moyen de défense fondé sur l'ordre public de manière à y incorporer un [TRADUCTION] « critère d'intuition judiciaire » (« *judicial sniff test* ») qui permettrait à un tribunal national de refuser l'exécution d'un jugement étranger dans le cas où les faits, quoique inacceptables, ne permettent néanmoins pas d'opposer à son exécution l'un des trois moyens de défense existants.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 641

La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a accueilli l'appel. Les juges Doherty et Catzman ont décidé que les moyens de défense fondés sur la fraude et sur l'ordre public ne s'appliquaient pas.

Le juge Doherty a conclu que le moyen de défense fondé sur la fraude n'était opposable que si les allégations de fraude reposaient sur des [TRADUCTION] « faits découverts depuis peu », c'est-à-dire sur des faits qu'un défendeur raisonnablement diligent n'aurait pas pu découvrir avant le prononcé du jugement. Il a affirmé que le juge de première instance avait commis une erreur en se fondant sur des faits présumés que les appelants auraient très bien pu découvrir s'ils avaient choisi de participer à l'instance en Floride. Le juge Doherty considérait que, même à supposer que le juge de première instance ait défini correctement le moyen de défense fondé sur la fraude, rien ne prouvait que le jugement avait été obtenu frauduleusement.

Quant au moyen de défense fondé sur l'ordre public, le juge Doherty a écarté la nécessité d'y incorporer un « critère d'intuition judiciaire ».

was required, he held that no reasons existed in this appeal for public policy to preclude the enforcement of the foreign judgment. He stated (at para. 84):

The Beals and Foodys launched a lawsuit in Florida. Florida was an entirely proper court for the determination of the allegations in that lawsuit. The Beals and Foodys complied with the procedures dictated by the Florida rules. There is no evidence that they misled the Florida court on any matter. Rather, it would seem they won what might be regarded as a very weak case because the respondents chose not to defend the action. I find nothing in the record to support the trial judge's characterization of the conduct of the Beals and Foodys in Florida as "egregious". They brought their allegations in the proper forum, followed the proper procedures, and were immensely successful in no small measure because the respondents chose not to participate in the proceedings.

Weiler J.A., in dissent, would have dismissed the appeal. She concluded that the defences of natural justice and fraud made it inappropriate for a domestic court to enforce the Florida judgment. She stated that the appellants were deprived of natural justice by not having been given sufficient notice to permit them to appreciate the extent of their jeopardy prior to the judgment for damages against them. Weiler J.A. also held that the respondents had concealed certain facts from the Florida jury.

#### IV. Analysis

It was properly conceded by the parties, as explained below, in both the trial court and Court of Appeal, that the Florida court had jurisdiction over the respondents' action pursuant to the "real and substantial connection" test set out in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077. As a result, the issues raised in this appeal were limited to the application and scope of the defences available to a domestic defendant seeking to have a Canadian court refuse enforcement of a foreign judgment.

Selon lui, même en supposant qu'un « critère d'intuition » était nécessaire, il n'y avait, en l'espèce, aucune raison d'ordre public d'empêcher l'exécution du jugement étranger. Voici ce qu'il a dit (au par. 84) :

[TRADUCTION] Les Beals et les Foody ont intenté une action en Floride. Le tribunal de la Floride avait toute la compétence voulue pour se prononcer sur les allégations formulées dans le cadre de cette action. Les Beals et les Foody ont suivi la procédure prescrite par les règles de la Floride. Rien ne prouve qu'ils ont induit en erreur le tribunal de la Floride à quelque égard que ce soit. Au contraire, ils semblent avoir obtenu gain de cause grâce à une preuve susceptible d'être qualifiée de très faible en raison de la décision des intimés de ne pas contester l'action. J'estime que rien dans le dossier ne justifiait le juge de première instance de qualifier d'« inacceptable » la conduite des Beals et des Foody en Floride. Ceux-ci ont formulé leurs allégations devant le tribunal compétent, suivi la procédure indiquée et ont largement obtenu gain de cause en grande part à la suite de la décision des intimés de ne pas participer à l'instance.

La juge Weiler, dissidente, aurait rejeté l'appel. À son avis, les moyens de défense fondés sur la justice naturelle et sur la fraude étaient tels qu'un tribunal national serait malvenu d'exécuter le jugement rendu en Floride. Elle considérait que les appellants avaient été l'objet d'un déni de justice naturelle du fait que l'avis qu'ils avaient reçu ne leur permettait pas de mesurer l'étendue du risque auquel ils étaient exposés avant le prononcé du jugement les condamnant à des dommages-intérêts. Selon la juge Weiler, les intimés avaient également caché certains faits au jury de la Floride.

#### IV. Analyse

Comme je l'expliquerai plus loin, les parties ont eu raison de concéder, devant le tribunal de première instance et la Cour d'appel, que le tribunal de la Floride avait compétence pour instruire l'action des intimés, conformément au critère du « lien réel et substantiel » dégagé dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077. Voilà pourquoi le présent pourvoi porte exclusivement sur l'application et la portée des moyens de défense dont dispose le défendeur canadien qui demande à un tribunal canadien de refuser l'exécution d'un jugement étranger.

16

17

18

In *Morguard, supra*, the “real and substantial connection” test for the recognition and enforcement of interprovincial judgments was adopted. *Morguard* did not decide whether that test applied to foreign judgments. However, some courts have extended the application of *Morguard* to judgments rendered outside Canada: *Moses v. Shore Boat Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. xi; *United States of America v. Ivey* (1996), 30 O.R. (3d) 370 (C.A.); *Old North State Brewing Co. v. Newlands Services Inc.*, [1999] 4 W.W.R. 573 (B.C.C.A.).

19

The question arises whether the “real and substantial connection” test, which is applied to interprovincial judgments, should apply equally to the recognition of foreign judgments. For the reasons that follow, I conclude that it should. While there are compelling reasons to expand the test’s application, there does not appear to be any principled reason not to do so. In light of this, the parties’ concession on the point was appropriate.

20

*Morguard, supra*, altered the old common law rules for the recognition and enforcement of interprovincial judgments. These rules, based on territoriality, sovereignty, independence and attornment, were held to be outmoded. La Forest J. concluded that it had been an error to adopt this approach “even in relation to judgments given in sister-provinces” (p. 1095). Central to the decision to modernize the common law rules was the doctrine of comity. Comity was defined as (at pp. 1095 and 1096, respectively):

... the deference and respect due by other states to the actions of a state legitimately taken within its territory. . . .

... the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive and judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own

C’est dans l’arrêt *Morguard*, précité, qu’a été adopté le critère du « lien réel et substantiel » applicable à la reconnaissance et à l’exécution des jugements d’une autre province. Cet arrêt n’a pas tranché la question de savoir si le critère s’appliquait également aux jugements étrangers. Cependant, certains tribunaux ont appliqué l’arrêt *Morguard* à des jugements rendus à l’extérieur du Canada : *Moses c. Shore Boat Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. xi; *United States of America c. Ivey* (1996), 30 O.R. (3d) 370 (C.A.); *Old North State Brewing Co. c. Newlands Services Inc.*, [1999] 4 W.W.R. 573 (C.A.C.-B.).

Il s’agit de déterminer si le critère du « lien réel et substantiel », applicable aux jugements d’une autre province, devrait également s’appliquer à la reconnaissance de jugements étrangers. Pour les motifs qui suivent, je conclus que oui. Il existe certes des raisons impérieuses d’élargir l’application du critère, alors qu’en principe rien ne semble justifier de ne pas le faire. Cela étant, la concession des parties à cet égard était appropriée.

L’arrêt *Morguard*, précité, a modifié les anciennes règles de common law applicables à la reconnaissance et à l’exécution des jugements d’une autre province. Ces règles fondées sur la territorialité, la souveraineté, l’indépendance et l’acquiescement à la compétence d’un tribunal ont été jugées désuètes. Le juge La Forest a conclu que l’on avait eu tort d’adopter cette approche, « même pour des jugements rendus dans d’autres provinces du pays » (p. 1095). Le principe de la courtoisie était au cœur de la décision de moderniser les règles de common law. La courtoisie a été ainsi définie (aux p. 1095-1096, respectivement) :

... la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu’un autre État a légitimement accomplis sur son territoire. . . .

... la reconnaissance qu’une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d’une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres

citizens or of other persons who are under the protection of its laws. . . .

Early common law rules were amended by rules intended to facilitate the flow of wealth, skills and people across boundaries, particularly boundaries of a federal state. *Morguard* established that the determination of the proper exercise of jurisdiction by a court depended upon two principles (relied on by the Ontario Court of Appeal in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 213 D.L.R. (4th) 577, at para. 34), the first being the need for “order and fairness”. The second was the existence of a “real and substantial connection” (see also *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33 (H.L.); *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393).

Modern ideas of order and fairness require that a court must have reasonable grounds for assuming jurisdiction where the participants to the litigation are connected to multiple jurisdictions.

*Morguard* established that the courts of one province or territory should recognize and enforce the judgments of another province or territory, if that court had properly exercised jurisdiction in the action, namely that it had a real and substantial connection with either the subject matter of the action or the defendant. A substantial connection with the subject matter of the action will satisfy the real and substantial connection test even in the absence of such a connection with the defendant to the action.

#### A. *The “Real and Substantial Connection” Test and Foreign Judgments*

The question then is whether the real and substantial connection test should apply to the recognition and enforcement of foreign judgments?

In *Moran*, *supra*, at p. 409, it was recognized that where individuals carry on business in another provincial jurisdiction, it is reasonable that those individuals be required to defend themselves there when an action is commenced:

citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois. . . .

Les anciennes règles de common law ont été remplacées par des règles destinées à faciliter la circulation des richesses, des techniques et des personnes d’un pays à l’autre, en particulier à l’intérieur d’un État fédéral. L’arrêt *Morguard* a établi que, pour décider si un tribunal a exercé correctement sa compétence, il faut prendre en considération deux éléments (comme l’a fait la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Muscutt c. Courcelles* (2002), 213 D.L.R. (4th) 577, par. 34). Le premier est le besoin [TRADUCTION] « d’ordre et d’équité », et le deuxième, l’existence d’un « lien réel et substantiel » (voir aussi *Indyka c. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33 (H.L.); *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393).

Les notions d’ordre et d’équité contemporaines exigent qu’un tribunal ait des motifs raisonnables de se déclarer compétent lorsque les parties à un litige relèvent de plusieurs ressorts.

Selon l’arrêt *Morguard*, les tribunaux d’une province ou d’un territoire doivent reconnaître et exécuter les jugements d’une autre province ou d’un autre territoire si le tribunal qui a rendu jugement a exercé correctement sa compétence dans l’action, en ce sens qu’il avait un lien réel et substantiel avec l’objet de l’action ou avec le défendeur. L’existence d’un lien substantiel avec l’objet de l’action permet de satisfaire au critère du « lien réel et substantiel », même en l’absence d’un tel lien avec le défendeur à l’action.

#### A. *Le critère du « lien réel et substantiel » et les jugements étrangers*

Il s’agit maintenant de savoir si le critère du « lien réel et substantiel » doit s’appliquer à la reconnaissance et à l’exécution de jugements étrangers.

Dans l’arrêt *Moran*, précité, p. 409, la Cour a reconnu qu’il est raisonnable d’obliger les particuliers qui exploitent une entreprise dans un autre ressort provincial à opposer une défense à l’action intentée contre eux dans ce ressort :

21

22

23

24

25

By tendering his products in the market place directly or through normal distributive channels, a manufacturer ought to assume the burden of defending those products wherever they cause harm as long as the forum into which the manufacturer is taken is one that he reasonably ought to have had in his contemplation when he so tendered his goods.

That reasoning is equally compelling with respect to foreign jurisdictions.

26 Although La Forest J. noted in *Morguard* that judgments from beyond Canada's borders could raise different issues than judgments within the federation, he recognized the value of revisiting the rules related to the recognition and enforcement of foreign judgments (at p. 1098):

The business community operates in a world economy and we correctly speak of a world community even in the face of decentralized political and legal power. Accommodating the flow of wealth, skills and people across state lines has now become imperative. Under these circumstances, our approach to the recognition and enforcement of foreign judgments would appear ripe for reappraisal. [Emphasis added.]

Although use of the word "foreign" in the above quotation referred to judgments rendered in a sister province, the need to accommodate "the flow of wealth, skills and people across state lines" is as much an imperative internationally as it is interprovincially.

27 The importance of comity was analysed at length in *Morguard, supra*. This doctrine must be permitted to evolve concomitantly with international business relations, cross-border transactions, as well as mobility. The doctrine of comity is

grounded in the need in modern times to facilitate the flow of wealth, skills and people across state lines in a fair and orderly manner.

(*Morguard, supra*, at p. 1096)

This doctrine is of particular importance viewed internationally. The principles of order and fairness

En mettant ses produits sur le marché directement ou par l'intermédiaire des voies normales de distribution, un fabricant doit être prêt à les défendre partout où ils causent un préjudice, à condition que le *forum* devant lequel il est convoqué en [soit] un qu'il aurait dû raisonnablement envisager lorsqu'il a mis ainsi ses produits sur le marché.

Ce raisonnement vaut autant en ce qui concerne les ressorts étrangers.

Tout en faisant remarquer que les jugements rendus à l'extérieur du Canada pouvaient soulever des questions différentes de celles soulevées par les jugements rendus par des tribunaux canadiens, le juge La Forest a également reconnu, dans l'arrêt *Morguard*, l'utilité de revoir les règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers (à la p. 1098) :

Le monde des affaires fonctionne dans une économie mondiale et on parle à juste titre de communauté internationale même si le pouvoir politique et juridique est décentralisé. Il est maintenant devenu impérieux de faciliter la circulation des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre. Dans ces circonstances, il apparaît opportun de réexaminer nos règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. [Je souligne.]

Bien que, dans la citation qui précède, l'adjectif qualificatif « étrangers » désigne les jugements rendus dans une autre province, il est devenu aussi impérieux à l'échelle internationale qu'à l'échelle interprovinciale de faciliter « la circulation des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre ».

L'importance de la courtoisie a été analysée en profondeur dans l'arrêt *Morguard*, précité. Ce principe doit pouvoir évoluer au même rythme que les relations commerciales internationales, les opérations transfrontalières et la libre circulation d'un pays à l'autre. Le principe de la courtoisie est

fond[é] sur la nécessité qu'impose l'époque moderne de faciliter la circulation ordonnée et équitable des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre.

(*Morguard*, précité, p. 1096-1097)

Ce principe revêt une importance particulière sur le plan international. Les principes d'ordre et d'équité



ensure security of transactions, which necessarily underlie the modern concept of private international law. Although *Morguard* recognized that the considerations underlying the doctrine of comity apply with greater force between the units of a federal state, the reality of international commerce and the movement of people continue to be “directly relevant to determining the appropriate response of private international law to particular issues, such as the enforcement of monetary judgments” (J. Blom, “The Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard* Goes Forth Into the World” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 373, at p. 375).

International comity and the prevalence of international cross-border transactions and movement call for a modernization of private international law. The principles set out in *Morguard*, *supra*, and further discussed in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, can and should be extended beyond the recognition of interprovincial judgments, even though their application may give rise to different considerations internationally. Subject to the legislatures adopting a different approach by statute, the “real and substantial connection” test should apply to the law with respect to the enforcement and recognition of foreign judgments.

Like comity, the notion of reciprocity is equally compelling both in the international and interprovincial context. La Forest J. discussed interprovincial reciprocity in *Morguard*, *supra*. He stated (at p. 1107):

... if this Court thinks it inherently reasonable for a court to exercise jurisdiction under circumstances like those described, it would be odd indeed if it did not also consider it reasonable for the courts of another province to recognize and enforce that court’s judgment.

In light of the principles of international comity, La Forest J.’s discussion of reciprocity is also equally applicable to judgments made by courts outside Canada. In the absence of a different statutory

garantissent la sûreté des opérations qui doit sous-tendre la notion moderne de droit international privé. Bien que, dans l’arrêt *Morguard*, la Cour ait reconnu que les considérations sous-jacentes du principe de la courtoisie s’appliquent d’autant plus entre les éléments qui forment un État fédéral, la réalité du commerce international et la circulation des gens continuent d’être [TRADUCTION] « directement pertinentes pour déterminer la réponse que le droit international privé doit donner à des questions particulières, telle l’exécution des jugements accordant une somme d’argent » (J. Blom, « The Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard* Goes Forth Into the World » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 373, p. 375).

La courtoisie internationale et la prédominance de la circulation et des opérations transfrontalières internationales commandent une modernisation du droit international privé. L’application des principes énoncés dans l’arrêt *Morguard*, précité, et analysés davantage dans l’arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, peut et doit déborder le cadre de la reconnaissance des jugements d’une autre province, même si elle peut faire intervenir d’autres considérations sur le plan international. À moins que les législatures n’adoptent des lois prescrivant une approche différente, le critère du « lien réel et substantiel » doit s’appliquer en matière de reconnaissance et d’exécution des jugements étrangers.

À l’instar de la courtoisie, la notion de réciprocité s’impose autant dans le contexte international que dans le contexte interprovincial. Le juge La Forest a analysé la notion de réciprocité interprovinciale dans l’arrêt *Morguard*, précité, où il affirme (à la p. 1107) :

... si notre Cour estime qu’il est intrinsèquement raisonnable qu’un tribunal exerce sa compétence dans des circonstances semblables à celles décrites, il serait vraiment étrange qu’elle ne trouve pas également raisonnable que les tribunaux d’une autre province reconnaissent et appliquent le jugement du premier tribunal.

À la lumière des règles de la courtoisie internationale, l’analyse de la réciprocité par le juge La Forest s’applique tout autant aux jugements rendus à l’extérieur du Canada. En l’absence d’une approche

approach, it is reasonable that a domestic court recognize and enforce a foreign judgment where the foreign court assumed jurisdiction on the same basis as the domestic court would, for example, on the basis of a “real and substantial connection” test.

30

Federalism was a central concern underlying the decisions in *Morguard*, *supra*, and *Hunt*, *supra*. In the latter, La Forest J. stated that he did not think that “litigation engendered against a corporate citizen located in one province by its trading and commercial activities in another province should necessarily be subject to the same rules as those applicable to international commerce” (*Hunt*, *supra*, at p. 323). Recently, *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, suggested, in *obiter*, that it may be necessary to afford foreign judgments a different treatment than that recognized for interprovincial judgments (*per* LeBel J., at para. 51):

However, it is important to emphasize that *Morguard* and *Hunt* were decided in the context of interprovincial jurisdictional disputes. In my opinion, the specific findings of these decisions cannot easily be extended beyond this context. In particular, the two cases resulted in the enhancing or even broadening of the principles of reciprocity and speak directly to the context of interprovincial comity within the structure of the Canadian federation. . . .

Although La Forest J. and LeBel J. suggested that the rules applicable to interprovincial versus foreign judgments should differ, they do not preclude the application of the “real and substantial connection” test to both types of judgments, provided that any unfairness that may arise as a result of the broadened application of that test be taken into account.

31

The appellants submitted that the recognition of foreign judgments rendered by courts with a real and substantial connection to the action or parties is particularly troublesome in the case of foreign default judgments. If the “real and substantial connection” test is applied to the recognition of foreign

différente prescrite par la loi, il est raisonnable qu’un tribunal national reconnaisse et exécute le jugement d’un tribunal étranger qui s’est reconnu compétent comme il l’aurait fait lui-même, c’est-à-dire qui a exercé sa compétence en fonction, par exemple, d’un critère du « lien réel et substantiel ».

Les arrêts *Morguard* et *Hunt*, précités, reposaient essentiellement sur le caractère fédéral du Canada. Dans l’arrêt *Hunt*, le juge La Forest a dit qu’il ne pensait pas que « l’action intentée contre une société située dans une province en raison des activités d’échanges et de commerce auxquelles elle se livre dans une autre province devrait nécessairement être assujettie aux mêmes règles que celles qui s’appliquent au commerce international » (p. 323). Récemment, dans l’arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, par. 51, le juge LeBel a indiqué, dans une remarque incidente, qu’il peut se révéler nécessaire de traiter les jugements étrangers différemment de ceux d’une autre province :

Toutefois, il importe de souligner que les arrêts *Morguard* et *Hunt* ont été jugés dans le contexte de conflits de compétence interprovinciaux. À mon avis, les conclusions précises de ces arrêts ne peuvent facilement déborder de ce contexte. Tout particulièrement, ces deux arrêts ont renforcé et même élargi les principes de réciprocité et ils s’appliquent directement au contexte de courtoisie entre provinces qui s’insère dans la structure de la fédération canadienne . . .

Tout en reconnaissant que les règles applicables aux jugements étrangers devraient différer de celles applicables aux jugements d’une autre province, les juges La Forest et LeBel n’écartent pas la possibilité d’appliquer le critère du « lien réel et substantiel » aux deux types de jugement, pourvu que l’on tienne compte de toute injustice qui pourra éventuellement découler de son application aux jugements étrangers.

Les appelants ont soutenu que la reconnaissance des jugements de tribunaux étrangers ayant un lien réel et substantiel avec l’action ou les parties est particulièrement inquiétante lorsque ces jugements ont été rendus par défaut. Ils font valoir que, pour que le critère du « lien réel et substantiel » puisse

judgments, they argue the test should be modified in the recognition and enforcement of default judgments. In the absence of unfairness or other equally compelling reasons which were not identified in this appeal, there is no logical reason to distinguish between a judgment after trial and a default judgment.

The “real and substantial connection” test requires that a significant connection exist between the cause of action and the foreign court. Furthermore, a defendant can reasonably be brought within the embrace of a foreign jurisdiction’s law where he or she has participated in something of significance or was actively involved in that foreign jurisdiction. A fleeting or relatively unimportant connection will not be enough to give a foreign court jurisdiction. The connection to the foreign jurisdiction must be a substantial one.

In the present case, the appellants purchased land in Florida, an act that represents a significant engagement with the foreign jurisdiction’s legal order. Where a party takes such positive and important steps that bring him or her within the proper jurisdiction of a foreign court, the fear of unfairness related to the duty to defend oneself is lessened. If a Canadian enters into a contract to buy land in another country, it is not unreasonable to expect the individual to enter a defence when sued in that jurisdiction with respect to the transaction.

The “real and substantial connection” test is made out for all of the appellants. There exists both a real and substantial connection between the Florida jurisdiction, the subject matter of the action and the defendants. As stated in J.-G. Castel and J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5th ed. (loose-leaf)), at p. 14-10:

For the recognition or enforcement in Canada of a foreign judgment *in personam*, the foreign court must have had jurisdiction according to Canadian rules of the conflict of laws.

In light of Canadian rules of conflict of laws, Dominic Thivy attorned to the jurisdiction of the Florida court when he entered a defence to the second action. His subsequent procedural failures under Florida law do not invalidate that attornment.

s’appliquer à la reconnaissance et à l’exécution des jugements par défaut rendus par un tribunal étranger, il est nécessaire de le modifier. En l’absence d’injustice ou d’autres raisons aussi sérieuses non décrites en l’espèce, rien ne justifie logiquement d’établir une distinction entre un jugement rendu à l’issue d’un procès et un jugement par défaut.

Le critère du « lien réel et substantiel » requiert l’existence d’un lien important entre la cause d’action et le tribunal étranger. En outre, il est raisonnable d’assujettir au droit d’un ressort étranger le défendeur qui a été un acteur ou qui a participé à quelque chose d’important dans ce ressort. Un lien éphémère ou relativement peu important ne suffit pas pour qu’un tribunal étranger soit compétent. Le lien avec le ressort étranger doit être substantiel.

En l’espèce, les appelants ont acheté un terrain en Floride, ce qui représente un engagement important à respecter l’ordre juridique du ressort étranger. Lorsqu’une partie prend des mesures aussi concrètes et importantes qui l’assujettissent à la compétence d’un tribunal étranger, la crainte d’injustice liée à l’obligation de se défendre est moindre. Il n’est pas déraisonnable de s’attendre à ce que le Canadien qui conclut un contrat d’achat de terrain dans un autre pays produise une défense s’il y fait l’objet de poursuites relativement à cette opération.

Le critère du « lien réel et substantiel » est respecté en ce qui concerne tous les appelants. Il existe un lien tant réel que substantiel entre le ressort de la Floride, l’objet de l’action et les défendeurs. Comme l’affirment J.-G. Castel et J. Walker dans *Canadian Conflict of Laws* (5<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 14-10 :

[TRADUCTION] Pour qu’un jugement étranger *in personam* soit reconnu et exécuté au Canada, il faut que le tribunal étranger ait eu compétence selon les règles de droit international privé canadiennes.

Selon les règles de droit international privé canadiennes, Dominic Thivy a acquiescé à la compétence du tribunal de la Floride lorsqu’il a produit une défense à la deuxième action. Ses manquements subséquents à la procédure prescrite par la loi de

32

33

34

As such, irrespective of the real and substantial connection analysis, the Florida court would have had jurisdiction over Mr. Thivy for the purposes of enforcement in Ontario.

35 A Canadian defendant sued in a foreign jurisdiction has the ability to redress any real or apparent unfairness from the foreign proceedings and the judgment's subsequent enforcement in Canada. The defences applicable in Ontario are natural justice, public policy and fraud. In addition, defendants sued abroad can raise the doctrine of *forum non conveniens*. This would apply in the usual way where it is claimed that the proceedings are not, on the basis of convenience, expense and other considerations, in the proper forum.

36 Here, the appellants entered into a property transaction in Florida when they bought and sold land. Having taken this positive step to bring themselves within the jurisdiction of Florida law, the appellants could reasonably have been expected to defend themselves when the respondents started an action against them in Florida. The appellants failed to defend the claim pursuant to the Florida rules. Nonetheless, they were still entitled, within ten days, to appeal the Florida default judgment, which they did not. In addition, the appellants did not avail themselves of the additional one-year period to have the Florida judgment for damages set aside. While their failure to move to set aside or appeal the Florida judgment was due to their reliance upon negligent legal advice, that negligence cannot be a bar to the enforcement of the respondents' judgment.

37 There are conditions to be met before a domestic court will enforce a judgment from a foreign jurisdiction. The enforcing court, in this case Ontario, must determine whether the foreign court had a real and substantial connection to the action or the parties, at least to the level established in *Morguard, supra*. A real and substantial connection

la Floride n'invalident pas cet acquiescement. Par conséquent, aux fins d'exécution du jugement en Ontario, le tribunal de la Floride aurait eu compétence à l'égard de M. Thivy indépendamment de l'analyse du lien réel et substantiel.

Un défendeur canadien poursuivi dans un ressort étranger est en mesure de remédier à toute injustice réelle ou apparente qui découle des procédures à l'étranger et de l'exécution subséquente du jugement au Canada. Les moyens de défense disponibles en Ontario sont fondés sur la justice naturelle, l'ordre public et la fraude. De plus, les défendeurs poursuivis à l'étranger peuvent plaider le *forum non conveniens*. D'ordinaire, ce principe peut être invoqué par la partie qui allègue que les procédures n'ont pas été engagées devant le tribunal approprié eu égard aux frais ou pour des raisons de commodité ou autres.

En l'espèce, les appelants ont conclu une opération immobilière en Floride quand ils ont acheté et vendu le terrain. Compte tenu de cette démarche concrète qui a eu pour effet de les assujettir à la loi de la Floride, il était raisonnable de s'attendre à ce que les appelants contestent l'action que les intimés ont intentée contre eux en Floride. Les appelants n'ont pas contesté l'action de la manière prescrite par les règles de la Floride. Ils avaient néanmoins dix jours pour porter en appel le jugement par défaut rendu en Floride, mais ils ne l'ont pas fait. Ils ne se sont pas prévalus non plus du délai supplémentaire d'un an dont ils disposaient pour faire annuler le jugement relatif aux dommages-intérêts. Bien qu'il soit dû au fait qu'ils ont suivi les conseils erronés de leur avocat, le défaut des appelants de chercher à faire annuler ou de porter en appel le jugement obtenu en Floride par les intimés ne saurait faire obstacle à l'exécution de ce jugement.

Pour qu'un tribunal national exécute un jugement rendu dans un ressort étranger, certaines conditions doivent être remplies. Le tribunal saisi de la demande d'exécution, en l'occurrence le tribunal ontarien, doit déterminer si le tribunal étranger avait un lien réel et substantiel avec l'action ou les parties, à tout le moins dans la mesure fixée

is the overriding factor in the determination of jurisdiction. The presence of more of the traditional indicia of jurisdiction (attornment, agreement to submit, residence and presence in the foreign jurisdiction) will serve to bolster the real and substantial connection to the action or parties. Although such a connection is an important factor, parties to an action continue to be free to select or accept the jurisdiction in which their dispute is to be resolved by attorning or agreeing to the jurisdiction of a foreign court.

If a foreign court did not properly take jurisdiction, its judgment will not be enforced. Here, it was correctly conceded by the litigants that the Florida court had a real and substantial connection to the action and parties.

#### B. *Defences to the Enforcement of Judgments*

Once the “real and substantial connection” test is found to apply to a foreign judgment, the court should then examine the scope of the defences available to a domestic defendant in contesting the recognition of such a judgment.

The defences of fraud, public policy and lack of natural justice were developed before *Morguard*, *supra*, and still pertain. This Court has to consider whether those defences, when applied internationally, are able to strike the balance required by comity, the balance between order and fairness as well as the real and substantial connection, in respect of enforcing default judgments obtained in foreign courts.

These defences were developed by the common law courts to guard against potential unfairness unforeseen in the drafting of the test for the recognition and enforcement of judgments. The existing defences are narrow in application. They are the

dans l’arrêt *Morguard*, précité. L’existence d’un lien réel et substantiel est le facteur déterminant en matière de compétence. La présence d’un plus grand nombre d’indices de compétence traditionnels (acquiescement, engagement à se soumettre à une compétence particulière, lieu de résidence et présence dans le ressort étranger) contribue à renforcer le lien réel et substantiel avec l’action ou les parties. Bien que ce lien soit un facteur important, les parties à une action peuvent toujours choisir ou accepter le ressort dans lequel sera tranché leur différend, en acquiesçant ou en s’engageant à se soumettre à la compétence d’un tribunal étranger.

Si un tribunal étranger n’a pas exercé correctement sa compétence, le jugement qu’il a rendu ne sera pas exécuté. En l’espèce, les parties au litige ont concédé à juste titre que le tribunal de la Floride avait un lien réel et substantiel avec l’action et avec elles.

#### B. *Moyens de défense opposables à l’exécution des jugements*

Dès qu’il conclut que le critère du « lien réel et substantiel » s’applique à un jugement étranger, le tribunal doit examiner la portée des moyens de défense qu’un défendeur canadien peut opposer à la reconnaissance de ce jugement.

Les moyens de défense fondés sur la fraude, l’ordre public et la justice naturelle existaient avant l’arrêt *Morguard*, précité, et s’appliquent toujours. Notre Cour doit se demander si l’application de ces moyens de défense dans le contexte international peut permettre d’atteindre le juste milieu requis par les règles de la courtoisie — à savoir un juste milieu entre l’ordre et l’équité ainsi que le lien réel et substantiel — lorsqu’il est question d’exécuter un jugement par défaut obtenu à l’étranger.

Les tribunaux de common law ont conçu ces moyens de défense dans le but de parer à un risque d’injustice imprévu lors de la formulation du critère applicable à la reconnaissance et à l’exécution des jugements. Les moyens de défense existants ont une

38

39

40

41

most recognizable situations in which an injustice may arise but are not exhaustive.

42 Unusual situations may arise that might require the creation of a new defence to the enforcement of a foreign judgment. However, the facts of this case do not justify speculating on that possibility. Should the evolution of private international law require the creation of a new defence, the courts will need to ensure that any new defences continue to be narrow in scope, address specific facts and raise issues not covered by the existing defences.

(1) The Defence of Fraud

43 As a general but qualified statement, neither foreign nor domestic judgments will be enforced if obtained by fraud.

44 Inherent to the defence of fraud is the concern that defendants may try to use this defence as a means of relitigating an action previously decided and so thwart the finality sought in litigation. The desire to avoid the relitigation of issues previously tried and decided has led the courts to treat the defence of fraud narrowly. It limits the type of evidence of fraud which can be pleaded in response to a judgment. If this Court were to widen the scope of the fraud defence, domestic courts would be increasingly drawn into a re-examination of the merits of foreign judgments. That result would obviously be contrary to the quest for finality.

45 Courts have drawn a distinction between “intrinsic fraud” and “extrinsic fraud” in an attempt to clarify the types of fraud that can vitiate the judgment of a foreign court. Extrinsic fraud is identified as fraud going to the jurisdiction of the issuing court or the kind of fraud that misleads the court, foreign or domestic, into believing that it has jurisdiction over

application restreinte. Sans être exhaustifs, ils représentent les situations les plus faciles à reconnaître où il existe un risque d’injustice.

Il peut se présenter des situations inhabituelles où il pourrait se révéler nécessaire de créer un nouveau moyen de défense opposable à l’exécution d’un jugement étranger. Cependant, compte tenu des faits de la présente affaire, il n’est pas nécessaire de s’attarder sur cette possibilité. Si jamais l’évolution du droit international privé commande la création d’un nouveau moyen de défense, les tribunaux devront veiller à ce que tout nouveau moyen de défense ait une portée restreinte, s’applique à des faits particuliers et soulève des questions qui ne sont pas déjà visées par un autre moyen de défense.

(1) Le moyen de défense fondé sur la fraude

Il est possible d’affirmer de manière générale, quoiqu’avec réserve, que les jugements obtenus frauduleusement à l’étranger ou au Canada ne seront pas exécutés.

Le moyen de défense fondé sur la fraude suscite inévitablement la crainte que des défendeurs tentent d’utiliser ce moyen de défense pour rouvrir une affaire déjà tranchée et contrecarrer ainsi la recherche du caractère définitif des jugements. Pour éviter de revenir sur des questions déjà examinées et tranchées, les tribunaux en sont venus à donner au moyen de défense fondé sur la fraude une interprétation restrictive limitant le type de preuve de fraude qui peut être opposé à l’exécution d’un jugement. Si notre Cour élargissait la portée du moyen de défense fondé sur la fraude, les tribunaux canadiens seraient alors de plus en plus appelés à réexaminer le bien-fondé de jugements étrangers. Il est évident que ce résultat contrecarrerait la recherche du caractère définitif des jugements.

Afin de clarifier les types de fraude susceptibles de vicier un jugement étranger, les tribunaux ont établi une distinction entre la « fraude intrinsèque » et la « fraude extrinsèque ». La fraude extrinsèque est décrite comme celle qui touche la compétence du tribunal d’origine ou comme le type de fraude qui amène à tort le tribunal étranger ou national à croire

the cause of action. Evidence of this kind of fraud, if accepted, will justify setting aside the judgment. On the other hand, intrinsic fraud is fraud which goes to the merits of the case and to the existence of a cause of action. The extent to which evidence of intrinsic fraud can act as a defence to the recognition of a judgment has not been as clear as that of extrinsic fraud.

A restrictive application of the defence of fraud was endorsed in *Woodruff v. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242. The Ontario Court of Appeal stated, at pp. 254-55, that the defence could be raised where

the recovery was collusive, [the] defendant had never been served with process, . . . the suit had been undefended without defendant's default, . . . the defendant had been fraudulently persuaded by plaintiff to let judgment go by default . . . or some fraud to defendant's prejudice committed or allowed in the proceedings of the other Court. . . .

*Woodruff* established that evidence of fraud that went to the merits of the case (intrinsic) was inadmissible. Only evidence of fraud which misled a court into taking jurisdiction (extrinsic) was admissible and could bar the enforcement of the judgment.

*Woodruff, supra*, was subsequently modified by the Ontario Court of Appeal. See *Jacobs v. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496, at p. 506:

. . . the fraud relied on must be something collateral or extraneous, and not merely the fraud which is imputed from alleged false statements made at the trial, which were met by counter-statements by the other side, and the whole adjudicated upon by the Court and so passed on into the limbo of estoppel by the judgment. This estoppel cannot, in my opinion, be disturbed except upon the allegation and proof of new and material facts, or newly discovered and material facts which were not before the former Court and from which are to be deduced the new proposition that the former judgment was obtained by fraud. The burden of that issue is upon the defendant, and until he at least gives *prima facie* evidence in support of it, the estoppel stands. And it may be, as I have before

que la cause d'action relève de sa compétence. Si elle est retenue, la preuve de ce type de fraude justifie l'annulation du jugement. Par ailleurs, la fraude intrinsèque est celle qui touche le bien-fondé de l'affaire et l'existence d'une cause d'action. La mesure dans laquelle la preuve d'une fraude intrinsèque peut être opposée à la reconnaissance d'un jugement n'est pas aussi claire que dans le cas d'une preuve de fraude extrinsèque.

Dans l'arrêt *Woodruff c. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242, la Cour d'appel de l'Ontario a interprété de manière restrictive le moyen de défense fondé sur la fraude, en affirmant, aux p. 254-255, que ce moyen de défense pouvait être invoqué lorsque

[TRADUCTION] le jugement obtenu résultait d'une collusion, [. . .] les actes de procédure n'avaient jamais été signifiés au défendeur, [. . .] l'omission de contester l'action n'était pas due au défaut d'agir du défendeur, [. . .] le demandeur avait, de manière frauduleuse, convaincu le défendeur de laisser le tribunal rendre jugement par défaut [. . .] ou une fraude au détriment du défendeur avait été commise ou permise au cours de l'instance devant l'autre tribunal . . .

Selon l'arrêt *Woodruff*, la preuve d'une fraude touchant le bien-fondé de l'affaire (fraude intrinsèque) était inadmissible. Seule la preuve d'une fraude ayant amené à tort un tribunal à se déclarer compétent (fraude extrinsèque) était admissible et pouvait faire obstacle à l'exécution du jugement.

La Cour d'appel de l'Ontario a, par la suite, modifié l'arrêt *Woodruff*, précité. Voir *Jacobs c. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496, p. 506 :

[TRADUCTION] . . . la fraude invoquée doit être accessoire ou extrinsèque, et non simplement imputée à des présumées fausses déclarations faites au procès — auxquelles l'autre partie a répondu par d'autres déclarations — que le tribunal a toutes examinées et plongées, par son jugement, dans les limbes de la préclusion. J'estime que la préclusion continuera de s'appliquer, sauf si on allègue et on établit l'existence de faits substantiels nouveaux ou découverts depuis peu, dont l'ancien tribunal n'était pas saisi et qui permettent de conclure que l'ancien jugement a été obtenu frauduleusement. À cet égard, le fardeau de la preuve incombe au défendeur et la préclusion vaut tant et aussi longtemps que celui-ci n'a pas présenté au moins une preuve *prima facie* de

46

47

stated, that when such evidence is given, and in order to fully prove this new issue, the whole case should be reopened. [Emphasis added.]

The court, in *Jacobs*, acknowledged that in addition to evidence of extrinsic fraud, evidence of intrinsic fraud was admissible where the defendant could establish “proof of new and material facts” that, not being available at the time of trial, were not before the issuing court and demonstrate that the judgment sought to be enforced was obtained by fraud.

48 Contrary to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Jacobs*, the courts of British Columbia take a different view. In *Roglass Consultants Inc. v. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393, the British Columbia Court of Appeal maintained the strict approach to the fraud defence set out in *Woodruff*. It held that only extrinsic fraud could be raised in defence of the enforcement of a foreign judgment.

49 In *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218, it was clear that the aim in refusing recognition of a judgment because of fraud “is to prevent abuse of the judicial process” (p. 234). In that case, the Court did not address fraud going to the merits of a judgment but did confirm that fraud going to jurisdiction (extrinsic fraud) is always open to impeachment.

50 What should be the scope of the defence of fraud in relation to foreign judgments? *Jacobs, supra*, represents a reasonable approach to that defence. It effectively balances the need to guard against fraudulently obtained judgments with the need to treat foreign judgments as final. I agree with Doherty J.A. for the majority in the Court of Appeal that the “new and material facts” discussed in *Jacobs* must be limited to those facts that a defendant could not have discovered and brought

l’existence d’une fraude. Comme je l’ai dit précédemment, il peut parfois se révéler nécessaire, lorsqu’une telle preuve est présentée, de rouvrir toute l’affaire pour que l’existence de la fraude alléguée puisse être entièrement démontrée. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Jacobs*, la cour a reconnu que, outre la preuve d’une fraude extrinsèque, la preuve d’une fraude intrinsèque était admissible lorsque le défendeur pouvait établir [TRADUCTION] « l’existence de faits substantiels nouveaux » qui n’ont pas été soumis au tribunal d’origine parce qu’ils étaient inconnus au moment du procès, et qui démontrent que le jugement dont on demande l’exécution a été obtenu frauduleusement.

Les tribunaux de la Colombie-Britannique adoptent un point de vue différent de celui qui se dégage de l’arrêt *Jacobs* de la Cour d’appel de l’Ontario. Dans l’arrêt *Roglass Consultants Inc. c. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a donné au moyen de défense fondé sur la fraude l’interprétation restrictive préconisée dans l’arrêt *Woodruff*. Elle a statué que seule la fraude extrinsèque pouvait être invoquée pour contester l’exécution d’un jugement étranger.

Dans l’arrêt *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218, le refus de reconnaître un jugement entaché de fraude visait clairement à « empêcher que l’on abuse du système judiciaire » (p. 234). Dans cette affaire, la Cour n’a pas examiné la question de la fraude touchant le bien-fondé d’un jugement, mais elle a confirmé que la fraude touchant la compétence (fraude extrinsèque) peut toujours servir à attaquer la validité d’un jugement.

Quelle devrait être la portée du moyen de défense fondé sur la fraude lorsqu’il est question d’un jugement étranger? L’arrêt *Jacobs*, précité, représente une interprétation raisonnable de ce moyen de défense. Il concilie efficacement le besoin de protection contre les jugements obtenus frauduleusement et la nécessité de considérer les jugements étrangers comme étant définitifs. Je conviens avec le juge Doherty, qui s’est exprimé au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, que



to the attention of the foreign court through the exercise of reasonable diligence.

The historic description of and the distinction between intrinsic and extrinsic fraud are of no apparent value and, because of their ability to both complicate and confuse, should be discontinued. It is simpler to say that fraud going to jurisdiction can always be raised before a domestic court to challenge the judgment. On the other hand, the merits of a foreign judgment can be challenged for fraud only where the allegations are new and not the subject of prior adjudication. Where material facts not previously discoverable arise that potentially challenge the evidence that was before the foreign court, the domestic court can decline recognition of the judgment.

Where a foreign judgment was obtained by fraud that was undetectable by the foreign court, it will not be enforced domestically. "Evidence of fraud undetectable by the foreign court" and the mention of "new and material facts" in *Jacobs, supra*, demand an element of reasonable diligence on the part of a defendant. To repeat Doherty J.A.'s ruling, in order to raise the defence of fraud, a defendant has the burden of demonstrating that the facts sought to be raised could not have been discovered by the exercise of due diligence prior to the obtaining of the foreign judgment. See para. 43:

A due diligence requirement is consistent with the policy underlying the recognition and enforcement of foreign judgments. In the modern global village, decisions made by foreign courts acting within Canadian concepts of jurisdiction and in accordance with fundamental principles of fairness should be respected and enforced. That policy does not, however, extend to protect decisions which are based on fraud that could not, through the exercise of reasonable diligence, have been brought to the attention of the foreign court. Respect for the

les [TRADUCTION] « faits substantiels nouveaux » analysés dans l'arrêt *Jacobs* doivent être limités à ceux qu'un défendeur raisonnablement diligent n'aurait pas pu découvrir et signaler au tribunal étranger.

La description historique de la fraude intrinsèque et de la fraude extrinsèque et la distinction apportée sont apparemment inutiles et il y a lieu de les écarter en raison des problèmes et de la confusion qu'elles peuvent engendrer. Il est plus simple d'affirmer que la fraude touchant la compétence peut toujours être invoquée devant un tribunal national pour attaquer la validité d'un jugement. Par ailleurs, la fraude ne peut être invoquée pour contester le bien-fondé d'un jugement étranger qu'en présence d'allégations nouvelles qui n'ont pas déjà été examinées et tranchées. Le tribunal national peut refuser de reconnaître le jugement si on lui soumet des faits substantiels impossibles à découvrir antérieurement et susceptibles de mettre en doute la preuve dont le tribunal étranger était saisi.

Le jugement étranger obtenu par des manœuvres frauduleuses que le tribunal d'origine ne pouvait pas déceler ne sera pas exécuté au Canada. « La preuve d'une fraude que le tribunal étranger ne pouvait pas déceler » et la mention des [TRADUCTION] « faits substantiels nouveaux » dans l'arrêt *Jacobs*, précité, exigent que le défendeur ait fait montre de diligence raisonnable. Comme l'a dit le juge Doherty dans sa décision, pour pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la fraude, le défendeur doit démontrer qu'il n'était pas possible, en faisant montre de diligence raisonnable, de découvrir, avant le prononcé du jugement étranger, les faits maintenant invoqués. Voir le par. 43 :

[TRADUCTION] L'exigence de diligence raisonnable est compatible avec la politique qui sous-tend la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Dans le village global moderne, il y a lieu de reconnaître et d'exécuter les décisions des tribunaux étrangers qui respectent les notions de compétence canadiennes et les principes fondamentaux d'équité. Toutefois, cette politique ne s'applique pas aux décisions obtenues par des manœuvres frauduleuses qu'il n'était pas possible, en faisant montre de diligence raisonnable, de signaler au tribunal

51

52

foreign court does not diminish when a refusal to enforce its judgment is based on material that could not, through the exercise of reasonable diligence, have been placed before that court. [Emphasis added.]

Such an approach represents a fair balance between the countervailing goals of comity and fairness to the defendant.

53 Although *Jacobs, supra*, was a contested foreign action, the test used is equally applicable to default judgments. Where the foreign default proceedings are not inherently unfair, failing to defend the action, by itself, should prohibit the defendant from claiming that any of the evidence adduced or steps taken in the foreign proceedings was evidence of fraud just discovered. But if there is evidence of fraud before the foreign court that could not have been discovered by reasonable diligence, that will justify a domestic court's refusal to enforce the judgment.

54 In the present case, the appellants made a conscious decision not to defend the Florida action against them. The pleadings of the respondents then became the facts that were the basis for the Florida judgment. As a result, the appellants are barred from attacking the evidence presented to the Florida judge and jury as being fraudulent.

55 The appellants have not claimed that there was evidence of fraud that they could not have discovered had they defended the Florida action. In the absence of newly discovered evidence of fraud, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in admitting evidence he found established fraud. He erred in law by failing to limit "new and material facts" to facts which could not have been discovered by the appellants by the exercise of reasonable diligence.

étranger. Le tribunal étranger n'est pas moins respecté lorsque le refus d'exécuter le jugement qu'il a rendu est fondé sur des faits substantiels qu'il n'était pas possible, en faisant montre de diligence raisonnable, de lui soumettre. [Je souligne.]

Cette interprétation représente un juste milieu entre les objectifs opposés de la courtoisie et de l'équité envers le défendeur.

Bien que l'arrêt *Jacobs*, précité, ait porté sur la contestation d'une action intentée à l'étranger, le critère appliqué vaut tout autant en ce qui concerne les jugements par défaut. Lorsque les procédures par défaut à l'étranger ne sont pas fondamentalement inéquitables, l'omission de produire une défense doit suffire pour empêcher le défendeur d'alléguer que l'un des éléments de preuve soumis, ou l'une des mesures prises, dans le cadre de ces procédures est un indice de la fraude qui vient tout juste d'être découverte. Cependant, un tribunal national sera justifié de refuser l'exécution du jugement s'il est prouvé que l'on s'est livré, devant le tribunal étranger, à des manœuvres frauduleuses qu'il n'était pas possible de découvrir en faisant montre de diligence raisonnable.

En l'espèce, les appelants ont sciemment pris la décision de ne pas contester l'action intentée contre eux en Floride. Les actes de procédure des intimés sont alors devenus les faits à partir desquels jugement a été rendu en Floride. Par conséquent, les appelants ne peuvent pas faire valoir que la preuve soumise au juge et au jury de la Floride est entachée de fraude.

Les appelants n'ont pas allégué qu'il existait une preuve de fraude qu'ils n'auraient pas pu découvrir s'ils avaient contesté l'action intentée en Floride. En l'absence d'une preuve de fraude découverte depuis peu, je conviens avec la Cour d'appel que le juge de première instance a commis une erreur en admettant une preuve qui, selon lui, établissait l'existence d'une fraude. Celui-ci a commis une erreur de droit en ne limitant pas les [TRADUCTION] « faits substantiels nouveaux » à ceux que les appelants n'auraient pas pu découvrir en faisant montre de diligence raisonnable.

There was no evidence before the trial judge to support fraud. In fact, the trial judge, himself, stated (at p. 131):

No record of the damage assessment proceedings exists, and the evidence heard by the jury is unknown. There is similarly no record of the instructions given to the jury by the trial judge.

In the absence of such evidence, the trial judge erred in concluding that there was fraud. It is impossible to know whether the evidence now sought to be adduced by the appellants had been previously considered by the jury. The respondent Mr. Beals and an expert on business losses both testified before the Florida jury and gave uncontradicted evidence. Before the Ontario court, Mr. Beals was available for questioning but was not called upon by the appellants to address the allegations of fraud. Similarly, the respondents' counsel in the Florida action testified but no questions of fraud were raised with him.

No evidence was led to show that the jury was misled (deliberately or not) on the extent of the damages. The admitted facts presented to the jury included allegations of fraudulent misrepresentations and loss of profits. The claim by the respondents was for damages to recoup the purchase price of the land, loss of profits and punitive damages. The nature of the damages sought, as well as the admitted facts presented to the Florida jury, was evidence upon which that jury could reasonably reach the damages that it did. I agree with the majority in the Court of Appeal that, although the amount of damages awarded may seem disproportionate, it was a palpable and overriding error for the trial judge to conclude on the dollar amount of the judgment alone that the Florida jury must have been misled.

As the appellants did not provide any evidence of new and previously undiscoverable facts suggestive of fraud, the defence of fraud cannot form the basis

Le juge de première instance ne disposait donc d'aucun élément de preuve étayant l'allégation de fraude. En fait, il a lui-même affirmé ceci (à la p. 131) :

[TRADUCTION] Aucun dossier ne fait état des débats de l'audience relative à l'évaluation des dommages-intérêts et on ne connaît pas la preuve entendue par le jury. De même, aucun dossier ne fait état des directives du juge de première instance au jury.

En l'absence d'une telle preuve, le juge de première instance a commis une erreur en concluant à l'existence d'une fraude. Il est impossible de savoir si le jury avait déjà examiné la preuve que les appelants cherchent maintenant à présenter. L'intimé M. Beals et l'expert en matière de pertes d'entreprise ont tous les deux témoigné devant le jury de la Floride, sans que leur témoignage soit contredit. Devant le tribunal de l'Ontario, les appelants n'ont pas demandé à M. Beals, qui était disponible, de témoigner au sujet de la fraude alléguée. De même, l'avocat des intimés à l'action en Floride a témoigné sans qu'il soit question d'une fraude.

On n'a soumis aucune preuve indiquant que le jury a été (délibérément ou non) induit en erreur au sujet du préjudice causé. Les faits admis qui ont été présentés au jury incluaient des allégations de déclarations inexactes frauduleuses et de perte de profits. Les intimés réclamaient des dommages-intérêts fondés sur le prix d'achat du terrain et une perte de profits, ainsi que des dommages-intérêts punitifs. La nature des dommages-intérêts réclamés ainsi que les faits admis qui ont été présentés au jury de la Floride constituaient des éléments de preuve sur lesquels ce jury pouvait raisonnablement s'appuyer pour accorder le montant des dommages-intérêts auquel il est arrivé. Je souscris à l'opinion majoritaire de la Cour d'appel selon laquelle, bien que le montant des dommages-intérêts accordés puisse paraître démesuré, il reste que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en déduisant, du seul montant accordé par le jugement, que le jury de la Floride avait été induit en erreur.

Vu que les appelants n'ont soumis aucune preuve de faits nouveaux et impossibles à découvrir antérieurement qui indiquerait l'existence d'une fraude,

of a valid challenge to the application for enforcement of the respondents' judgment.

(2) The Defence of Natural Justice

59 As previously stated, the denial of natural justice can be the basis of a challenge to a foreign judgment and, if proven, will allow the domestic court to refuse enforcement. A condition precedent to that defence is that the party seeking to impugn the judgment prove, to the civil standard, that the foreign proceedings were contrary to Canadian notions of fundamental justice.

60 A domestic court enforcing a judgment has a heightened duty to protect the interests of defendants when the judgment to be enforced is a foreign one. The domestic court must be satisfied that minimum standards of fairness have been applied to the Ontario defendants by the foreign court.

61 The enforcing court must ensure that the defendant was granted a fair process. Contrary to the position taken by my colleague LeBel J., it is not the duty of the plaintiff in the foreign action to establish that the legal system from which the judgment originates is a fair one in order to seek enforcement. The burden of alleging unfairness in the foreign legal system rests with the defendant in the foreign action.

62 Fair process is one that, in the system from which the judgment originates, reasonably guarantees basic procedural safeguards such as judicial independence and fair ethical rules governing the participants in the judicial system. This determination will need to be made for all foreign judgments. Obviously, it is simpler for domestic courts to assess the fairness afforded to a Canadian defendant in another province in Canada. In the case of judgments made by courts outside Canada, the review may be more difficult but is mandatory

ils ne peuvent pas invoquer le moyen de défense fondé sur la fraude pour contester valablement la demande d'exécution du jugement obtenu par les intimés.

(2) Le moyen de défense fondé sur la justice naturelle

Comme nous l'avons vu, le déni de justice naturelle peut être invoqué pour contester un jugement étranger et, si l'existence d'un tel déni est prouvée, le tribunal national peut alors refuser d'exécuter le jugement en question. Pour pouvoir invoquer ce moyen de défense, la partie qui conteste le jugement doit préalablement établir, selon la norme de preuve applicable en matière civile, que les procédures à l'étranger étaient contraires aux notions de justice fondamentale canadiennes.

Un tribunal national saisi d'une demande d'exécution de jugement (« tribunal saisi ») est d'autant plus tenu de protéger les intérêts d'un défendeur lorsque le jugement en question a été rendu à l'étranger. En l'espèce, le tribunal national doit être convaincu que le tribunal étranger a appliqué des normes d'équité minimales à l'égard des défendeurs ontariens.

Le tribunal saisi doit s'assurer que le défendeur a eu droit à une procédure équitable. Contrairement au point de vue exprimé par mon collègue le juge LeBel, il n'appartient pas au demandeur à l'action intentée à l'étranger de démontrer le caractère équitable du régime juridique d'où émane le jugement qu'il veut faire exécuter. Il incombe plutôt au défendeur à l'action intentée à l'étranger d'alléguer que le régime juridique étranger est inéquitable.

La procédure équitable est celle qui, dans le régime d'où émane le jugement, offre raisonnablement des garanties procédurales fondamentales, telles l'indépendance judiciaire et des règles de déontologie équitables régissant la conduite des participants au système judiciaire. Il faut déterminer le caractère équitable de la procédure dans tous les cas où l'exécution d'un jugement étranger est requise. Il est évidemment plus simple pour les tribunaux nationaux d'apprécier l'équité à laquelle a eu droit un défendeur canadien dans une autre

and the enforcing court must be satisfied that fair process was used in awarding the judgment. This assessment is easier when the foreign legal system is either similar to or familiar to Canadian courts.

In the present case, the Florida judgment is from a legal system similar, but not identical, to our own. If the foreign state's principles of justice, court procedures and judicial protections are not similar to ours, the domestic enforcing court will need to ensure that the minimum Canadian standards of fairness were applied. If fair process was not provided to the defendant, recognition and enforcement of the judgment may be denied.

The defence of natural justice is restricted to the form of the foreign procedure, to due process, and does not relate to the merits of the case. The defence is limited to the procedure by which the foreign court arrived at its judgment. However, if that procedure, while valid there, is not in accordance with Canada's concept of natural justice, the foreign judgment will be rejected. The defendant carries the burden of proof and, in this case, failed to raise any reasonable apprehension of unfairness.

In Canada, natural justice has frequently been viewed to include, but is not limited to, the necessity that a defendant be given adequate notice of the claim made against him and that he be granted an opportunity to defend. The Florida proceedings were not contrary to the Canadian concept of natural justice. The appellants concede that they received notice of all the legal procedure taken in the Florida action and that the judge of the foreign court respected the procedure of that jurisdiction. The appellants submit, however, that they were denied natural justice because they were not given sufficient notice to enable them

province canadienne. Malgré les difficultés plus grandes qu'il peut présenter dans le cas d'un jugement rendu à l'extérieur du Canada, cet examen s'impose, en ce sens que le tribunal saisi doit être convaincu du caractère équitable de la procédure suivie pour rendre jugement. L'appréciation de l'équité est plus facile lorsque le régime juridique étranger est soit semblable à celui qui existe au Canada, soit bien connu des tribunaux canadiens.

En l'espèce, le jugement de la Floride émane d'un régime juridique semblable, mais non identique, au nôtre. Dans le cas où les principes de justice, les règles de procédure et les protections judiciaires de l'État étranger diffèrent des nôtres, le tribunal national saisi doit s'assurer que les normes d'équité minimales canadiennes sont respectées. Il peut refuser de reconnaître et d'exécuter le jugement si le défendeur n'a pas eu droit à une procédure équitable.

Le moyen de défense fondé sur la justice naturelle est limité à la forme de la procédure étrangère et à l'application régulière de la loi, et n'a rien à voir avec le bien-fondé de l'affaire. Ce moyen de défense concerne seulement la procédure que le tribunal étranger a suivie pour arriver à son jugement. Toutefois, l'exécution du jugement sera refusée dans le cas où, si valide qu'elle soit à l'étranger, la procédure suivie pour le rendre n'est pas conforme à la notion de justice naturelle canadienne. Le fardeau de la preuve incombe au défendeur et, en l'espèce, ce dernier n'a suscité aucune crainte raisonnable d'injustice.

Au Canada, on a souvent considéré que la justice naturelle commande notamment de donner au défendeur un avis suffisant de l'action intentée contre lui, ainsi que la possibilité de contester cette action. Les procédures engagées en Floride n'étaient pas contraires à la notion de justice naturelle canadienne. Les appelants concèdent qu'ils ont reçu avis de toutes les démarches juridiques entreprises dans le cadre de l'action intentée en Floride, et que le juge du tribunal étranger a suivi la procédure applicable dans ce ressort. Ils allèguent cependant avoir été l'objet d'un déni de justice naturelle du fait que l'avis qu'ils ont reçu ne leur permettait pas de

63

64

65

to discover the extent of their financial jeopardy.

66 The appellants claim to have been denied the opportunity to assess the extent of their financial jeopardy because the respondents' claim failed to specify the exact dollar amount of damages and types of damages they were seeking. The Florida claims, particularly the Third Amended Complaint, made it clear that the damages sought were potentially significant. The complaints filed in Florida raised allegations of fraud and sought punitive damages, both of which allow for the possibility of a substantial award of damages. Treble damages were sought. Repayment of the purchase price, the amount lost by the respondents due to their inability to construct a model home on the lot, the expenses incurred in preparing that lot and lost revenue due to the respondents' inability to construct a model home to be used in their construction business were all sought in the Third Amended Complaint. In light of knowing the types of damages claimed, not being provided with a specific dollar value of the amount of damages sought cannot constitute a denial of natural justice. The appellants were mistaken when they presumed that the damages award would be approximately US\$8,000.

67 The respondents did not give notice that an expert on the assessment of business losses would testify before the Florida jury. The failure to disclose witnesses in a notice of assessment is not a denial of natural justice.

68 LeBel J. would expand the defence of natural justice by interpreting the right to receive notice of a foreign action to include notice of the legal steps to be taken by the defendant where the legal system differs from that of Canada's and of the consequences flowing from a decision to defend, or not defend, the foreign action. Where such notice was not given, he would deny enforcement of the resulting judgment. No such burden should rest with the foreign plaintiff. Within Canada, defendants

mesurer l'ampleur du risque financier auquel ils étaient exposés.

Les appelants affirment qu'ils n'ont pas eu la possibilité de mesurer l'ampleur du risque financier auquel ils étaient exposés parce que la demande des intimés ne faisait état ni du montant exact ni de la nature des dommages-intérêts réclamés. Les allégations formulées en Floride, en particulier la troisième plainte modifiée, montraient clairement que les dommages-intérêts réclamés risquaient d'être élevés. Les plaintes déposées en Floride comportaient des allégations de fraude et une demande de dommages-intérêts punitifs qui, dans les deux cas, risquaient de donner lieu à des dommages-intérêts élevés. Des dommages-intérêts triples étaient réclamés. Dans la troisième plainte modifiée, les intimés réclamaient un remboursement fondé sur le prix d'achat du terrain, la perte due à l'impossibilité de construire une maison-témoin à cet endroit, les dépenses d'aménagement du terrain et la perte de revenu due à l'impossibilité de construire une maison-témoin destinée à leur entreprise de construction. Étant donné que les appelants connaissaient la nature des dommages-intérêts réclamés, l'omission de leur en communiquer le montant exact ne saurait constituer un déni de justice naturelle. Les appelants ont commis une erreur en estimant à environ 8 000 \$US le montant des dommages-intérêts qui pourrait être accordé.

Les intimés n'ont pas donné avis du fait qu'un expert en matière d'évaluation des pertes d'entreprise témoignerait devant le jury de la Floride. Le défaut de communiquer l'identité de témoins dans un avis d'évaluation n'est pas un déni de justice naturelle.

Le juge LeBel élargirait la portée du moyen de défense fondé sur la justice naturelle en considérant que le droit d'être avisé de l'introduction d'une action à l'étranger inclut le droit du défendeur d'être avisé des démarches juridiques qu'il doit entreprendre lorsque le régime juridique du ressort étranger diffère de celui du Canada, ainsi que des conséquences d'une décision de contester ou de ne pas contester l'action en question. Le juge LeBel refuserait l'exécution du jugement rendu dans le

are presumed to know the law of the jurisdiction seized with an action against them. Plaintiffs are not required to expressly or implicitly notify defendants of the steps that they must take when notified of a claim against them. This approach is equally appropriate in the context of international litigation. To find otherwise would unduly complicate cross-border transactions and hamper trade with Canadian parties. A defendant to a foreign action instituted in a jurisdiction with a real and substantial connection to the action or parties can reasonably be expected to research the law of the foreign jurisdiction. The Saldanhas and Thivys owned land in the State of Florida and entered into a real estate transaction in that state. When served with notice of an action against them in the State of Florida, the appellants were responsible for gaining knowledge of Florida procedure in order to discover the particularities of that legal system.

My interpretation of the Florida legal system differs from that of LeBel J. in that I am of the opinion that the appellants were fully informed about the Florida action. They were advised of the case to meet and were granted a fair opportunity to do so. They did not defend the action. Once they received notice of the amount of the judgment, the appellants obviously had precise notice of the extent of their financial exposure. Their failure to act when confronted with the size of the award of damages was not due to a lack of notice but due to relying on the mistaken advice of their lawyer.

For these reasons, the defence of natural justice does not arise.

### (3) The Defence of Public Policy

The third and final defence is that of public policy. This defence prevents the enforcement of a

cas où un tel avis n'a pas été donné. Aucun fardeau de cette nature ne devrait incomber au demandeur étranger. Au Canada, les défendeurs sont présumés connaître le droit du ressort dans lequel une action est intentée contre eux. Les demandeurs ne sont pas tenus d'informer explicitement ou implicitement les défendeurs des démarches que ceux-ci doivent entreprendre après avoir reçu avis d'une demande présentée contre eux. Il convient également d'adopter cette approche dans le contexte d'un litige international. Toute autre conclusion compliquerait indûment les opérations transfrontalières et entraverait les échanges avec les résidents canadiens. On peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un défendeur à une action intentée dans un ressort étranger ayant un lien réel et substantiel avec l'action ou les parties s'informe du droit applicable dans le ressort en question. Les Saldanha et les Thivy possédaient du terrain en Floride et ont conclu une opération immobilière dans cet État. Lorsque les appelants ont été avisés de l'introduction d'une action contre eux en Floride, il leur incombait dès lors de se renseigner sur la procédure applicable en Floride afin de connaître les particularités du régime juridique de cet État.

Mon interprétation du régime juridique de la Floride diffère de celle du juge LeBel en ce sens que j'estime que les appelants étaient très bien informés de l'action intentée en Floride. Ils ont été avisés de la preuve à réfuter et ont eu une possibilité raisonnable de la réfuter. Ils n'ont pas contesté l'action. Il est évident que, lorsqu'ils ont reçu un avis du montant accordé par le jugement, les appelants ont alors connu exactement l'ampleur du risque financier auquel ils étaient exposés. Leur défaut d'agir face à l'importance du montant des dommages-intérêts accordés est dû non pas à l'absence d'avis, mais plutôt au fait qu'ils ont suivi les conseils erronés de leur avocat.

Pour ces motifs, le moyen de défense fondé sur la justice naturelle ne peut pas être invoqué.

### (3) Le moyen de défense fondé sur l'ordre public

Le troisième et dernier moyen de défense est fondé sur l'ordre public. Ce moyen de défense

69

70

71

foreign judgment which is contrary to the Canadian concept of justice. The public policy defence turns on whether the foreign law is contrary to our view of basic morality. As stated in Castel and Walker, *supra*, at p. 14-28:

. . . the traditional public policy defence appears to be directed at the concept of repugnant laws and not repugnant facts. . . .

72 How is this defence of assistance to a defendant seeking to block the enforcement of a foreign judgment? It would, for example, prohibit the enforcement of a foreign judgment that is founded on a law contrary to the fundamental morality of the Canadian legal system. Similarly, the public policy defence guards against the enforcement of a judgment rendered by a foreign court proven to be corrupt or biased.

73 The appellants submitted that the defence of public policy should be broadened to include the case where neither the defence of natural justice nor the current defence of public policy would apply but where the outcome is so egregious that it justifies a domestic court's refusal to enforce the foreign judgment. The appellants argued that, as a matter of Canadian public policy, a foreign judgment should not be enforced if the award is excessive, would shock the conscience of, or would be unacceptable to, reasonable Canadians. The appellants claimed that the public policy defence provides a remedy where the judgment, by its amount alone, would shock the conscience of the reasonable Canadian. It was argued that, if the respondents and their witnesses were truthful in the Florida proceeding, it must follow that the laws in Florida permit a grossly excessive award for lost profits absent a causal connection between the acts giving rise to liability and the damages suffered. Such a result, the appellants submitted, would shock the conscience of the reasonable Canadian. I do not agree.

empêche l'exécution d'un jugement étranger contraire à la notion de justice canadienne. Il s'agit de savoir si le droit étranger est contraire à nos valeurs morales fondamentales. Comme l'affirment Castel et Walker, *op. cit.*, p. 14-28 :

[TRADUCTION] . . . le moyen de défense traditionnel fondé sur l'ordre public paraît axé sur la notion de lois répugnantes et non sur la notion de faits répugnants. . .

Quelle est l'utilité de ce moyen de défense pour le défendeur qui veut empêcher l'exécution d'un jugement étranger? Il sert notamment à interdire l'exécution d'un jugement étranger fondé sur une loi contraire aux valeurs morales fondamentales du régime juridique canadien. De même, le moyen de défense fondé sur l'ordre public empêche l'exécution du jugement d'un tribunal étranger indubitablement corrompu ou partial.

Les appelants ont soutenu qu'il y a lieu d'élargir le moyen de défense fondé sur l'ordre public de manière à pouvoir l'invoquer dans le cas où le moyen de défense fondé sur la justice naturelle et l'actuel moyen de défense fondé sur l'ordre public sont inopposables, mais où le jugement rendu à l'étranger est à ce point inacceptable qu'il justifie un refus d'exécution de la part du tribunal national. Les appelants ont fait valoir que, pour des raisons d'ordre public, il n'y a pas lieu d'exécuter, au Canada, un jugement étranger qui accorde une somme démesurée qui choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes raisonnables ou que ceux-ci jugeraient inacceptable. Ils ont allégué que le moyen de défense fondé sur l'ordre public porte remède dans le cas où le jugement choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes raisonnables, ne serait-ce à cause du seul montant qu'il accorde. D'après les appelants, si les intimés et leurs témoins ont dit la vérité au cours de l'instance en Floride, il s'ensuit nécessairement que les lois de la Floride permettent d'accorder une indemnité nettement démesurée pour la perte de profits, et ce, en l'absence de lien causal entre le préjudice subi et les actes ayant donné naissance à la responsabilité. Un tel résultat, de prétendre les appelants, choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes raisonnables. Je ne suis pas d'accord.



Blom, *supra*, predicted the appellants' request for the expansion of the public policy defence (at p. 400):

The only change that the *Morguard* approach to recognition may bring in its wake is a greater temptation to expand the notion of public policy, so as to justify refusing a foreign default judgment that meets the *Morguard* criteria, but whose enforcement nevertheless appears to impose a severe hardship on the defendant.

The use of the defence of public policy to challenge the enforcement of a foreign judgment involves impeachment of that judgment by condemning the foreign law on which the judgment is based. It is not a remedy to be used lightly. The expansion of this defence to include perceived injustices that do not offend our sense of morality is unwarranted. The defence of public policy should continue to have a narrow application.

The award of damages by the Florida jury does not violate our principles of morality. The sums involved, although they have grown large, are not by themselves a basis to refuse enforcement of the foreign judgment in Canada. Even if it could be argued in another case that the arbitrariness of the award can properly fit into a public policy argument, the record here does not provide any basis allowing the Canadian court to re-evaluate the amount of the award. The public policy defence is not meant to bar enforcement of a judgment rendered by a foreign court with a real and substantial connection to the cause of action for the sole reason that the claim in that foreign jurisdiction would not yield comparable damages in Canada.

There was no evidence that the Florida procedure would offend the Canadian concept of justice. I disagree for the foregoing reasons that enforcement of the Florida monetary judgement would shock the conscience of the reasonable Canadian.

Blom, *loc. cit.*, laissait présager la demande des appelants d'élargir la portée du moyen de défense fondé sur l'ordre public (à la p. 400) :

[TRADUCTION] Le seul changement que risque de provoquer la façon dont l'arrêt *Morguard* aborde la reconnaissance est que l'on sera davantage tenté d'élargir la notion d'ordre public pour justifier le refus d'exécuter un jugement rendu par défaut à l'étranger qui respecte les critères de l'arrêt *Morguard*, mais dont l'exécution paraît cependant causer de grandes difficultés au défendeur.

Le recours au moyen de défense fondé sur l'ordre public pour contester l'exécution d'un jugement étranger signifie que l'on attaque la validité de ce jugement en dénonçant la loi étrangère sur laquelle il est fondé. Ce moyen de défense ne doit pas être invoqué à la légère. Rien ne justifie d'en élargir la portée de manière à pouvoir l'invoquer pour remédier à des injustices perçues qui ne heurtent pas notre sens des valeurs. Le moyen de défense fondé sur l'ordre public devrait continuer d'être appliqué d'une manière restrictive.

Le montant des dommages-intérêts accordés par le jury de la Floride ne fait pas entorse à nos principes. Malgré l'ampleur qu'elles ont prise, les sommes en question ne justifient pas, à elles seules, un refus d'exécuter le jugement étranger au Canada. Même s'il était possible, dans une autre affaire, d'invoquer l'ordre public pour faire valoir que le montant accordé est arbitraire, rien dans le dossier soumis en l'espèce n'autorise le tribunal canadien à réévaluer le montant accordé. Le moyen de défense fondé sur l'ordre public n'est pas destiné à empêcher l'exécution du jugement d'un tribunal étranger ayant un lien réel et substantiel avec la cause d'action, pour le seul motif que la demande présentée dans ce ressort étranger ne donnerait pas lieu à des dommages-intérêts comparables au Canada.

Rien ne prouvait que la procédure suivie en Floride était contraire à la notion de justice canadienne. Pour les motifs qui précèdent, je ne suis pas d'accord pour dire que l'exécution du jugement rendu en Floride choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes raisonnables.

74

75

76

77

C. *Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*

78

The appellants submitted that the Florida judgment cannot be enforced because its enforcement would force them into bankruptcy. It was argued that the recognition and enforcement of that judgment by a Canadian court would constitute a violation of s. 7 of the *Charter*. The appellants submitted that a *Charter* remedy should be recognized to the effect that, before a domestic court enforces a foreign judgment which would result in the defendant's bankruptcy, the court must be satisfied that the foreign judgment has been rendered in accordance with the principles of fundamental justice. No authority is offered for that proposition with which I disagree but, in any event, the Florida proceedings were conducted in conformity with fundamental justice. The obligation of a domestic court to recognize and enforce a foreign judgment cannot depend on the financial ability of the defendant to pay that judgment. As s. 7 of the *Charter* does not shield a Canadian resident from the financial effects of the enforcement of a judgment rendered by a Canadian court, I have difficulty accepting that s. 7 should shield a Canadian defendant from the enforcement of a foreign judgment.

V. Disposition

79

The parties agreed that the Florida court had a real and substantial connection to the action launched by the respondents. Having properly taken jurisdiction, the judgment of that court must be recognized and enforced by a domestic court, provided that no defences bar its enforcement. None of the existing defences of fraud, natural justice or public policy have been supported by the evidence. Although the damage award may appear disproportionate to the original value of the land in question, that cannot be determinative. The judgment of the Florida court should be enforced.

80

The appeal is dismissed with costs.

C. *L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés*

Les appelants ont soutenu que le jugement rendu en Floride ne peut être exécuté parce que cela les obligerait à faire faillite. Ils ont allégué que la reconnaissance et l'exécution de ce jugement par un tribunal canadien constituerait une violation de l'art. 7 de la *Charte*. Selon eux, il y a lieu de faire droit à un recours fondé sur la *Charte* étant donné que, pour exécuter un jugement étranger qui entraînerait la faillite du défendeur, le tribunal national doit être convaincu que ce jugement est conforme aux principes de justice fondamentale. Aucune jurisprudence ni aucune doctrine n'est citée à l'appui de cette proposition à laquelle je ne souscris pas, et, quoi qu'il en soit, l'instance en Floride s'est déroulée d'une manière conforme à la justice fondamentale. L'obligation d'un tribunal national de reconnaître et d'exécuter un jugement étranger ne saurait être tributaire de la capacité du défendeur de payer le montant que ce jugement lui ordonne de verser. Vu que l'art. 7 de la *Charte* ne protège pas un résident canadien contre les conséquences financières de l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal canadien, j'ai peine à croire qu'il devrait protéger un défendeur canadien contre l'exécution d'un jugement étranger.

V. Dispositif

Les parties ont convenu que le tribunal de la Floride avait un lien réel et substantiel avec l'action intentée par les intimés. Étant donné que ce tribunal a exercé correctement sa compétence, un tribunal national se doit de reconnaître et d'exécuter le jugement qu'il a rendu, pourvu qu'aucun moyen de défense ne vienne en empêcher l'exécution. En l'espèce, la preuve ne justifie d'invoquer aucun des moyens de défense existants qui sont fondés sur la fraude, la justice naturelle ou l'ordre public. Bien que le montant des dommages-intérêts accordés puisse paraître démesuré par rapport à la valeur initiale du terrain en cause, cela ne saurait être déterminant. Le jugement rendu par le tribunal de la Floride doit être exécuté.

L'appel est rejeté avec dépens.

The reasons of Iacobucci and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — The question raised by this appeal is the sufficiency of the notice provided to Ontario defendants (the appellants) of Florida proceedings against them by two Sarasota County real estate developers over the sale of an empty residential building lot in 1984 for US\$8,000. The subject matter of their contract turned out to be the wrong lot. The respondents kept the lot (they say they did not intend to purchase) and sued the appellants for damages.

The Florida default judgment now commands payment of over C\$1,000,000, an award described by the Ontario trial judge as “breathhtaking”. The damages were assessed by a Florida jury in less than half a day.

If the notice had been sufficient, I would have agreed reluctantly with the majority of my colleagues that the default judgment against them would be enforceable in Ontario despite the fact the foreign court never got to hear the Ontario defendants’ side of the story. Their failure to participate using the procedures open to them in Florida would have bound them to the result. However, in my view, the appellants’ inactivity in the face of their mushrooming legal problem is explained by the fact they were kept in the dark about the true nature and extent of their jeopardy. They were not served with some of the more important documents on liability filed in the Florida proceeding before they were noted in default, nor were they served with other important documents relevant to the assessment of damages filed after default but prior to the trial at which judgment was entered against them. Proper notice is a function of the particular circumstances of the case giving rise to the foreign default judgment. In this case, in my view, there was a failure of notification amounting to a breach of natural justice. In these

Version française des motifs des juges Iacobucci et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — La question qui se pose, en l’espèce, est de savoir si des défendeurs ontariens (les appelants) ont reçu de deux promoteurs immobiliers du comté de Sarasota, en Floride, un avis suffisant des poursuites intentées contre eux dans cet État. Ces poursuites concernaient un terrain vague destiné à la construction d’un immeuble résidentiel, qu’ils avaient vendu, en 1984, pour la somme de 8 000 \$US. Il s’était révélé que le contrat portait sur le mauvais lot. Les intimés ont conservé le lot qu’ils prétendaient ne pas avoir voulu acheter et ont intenté une action en dommages-intérêts contre les appelants.

Le jugement rendu par défaut en Floride ordonne maintenant le paiement de plus de 1 000 000 \$CAN, montant qualifié de [TRADUCTION] « renversant » par le juge de première instance en Ontario. Un jury de la Floride a mis moins d’une demi-journée à évaluer les dommages-intérêts.

Si l’avis donné avait été suffisant, j’aurais souscrit à regret à l’opinion majoritaire de mes collègues voulant que le jugement par défaut prononcé contre les appelants soit exécutoire en Ontario même si le tribunal étranger n’a jamais entendu leur version des faits. Les appelants seraient liés par ce jugement en raison de leur omission de participer à l’instance en Floride par l’exercice des recours disponibles dans ce ressort. J’estime, cependant, que l’inaction des appelants face à leur problème juridique qui s’aggravait très rapidement s’explique par le fait qu’ils ignoraient la nature et l’ampleur véritables du risque auquel ils étaient exposés. On ne leur avait pas signifié certains des plus importants documents concernant leur responsabilité qui avaient été déposés dans le cadre de l’instance en Floride avant même que leur défaut soit constaté. On ne leur avait pas signifié non plus d’autres documents importants utiles pour évaluer les dommages-intérêts qui avaient été déposés après la constatation de leur défaut, mais avant le procès au terme duquel un jugement a été prononcé contre eux. L’avis qui doit être donné

81

82

83

circumstances, the Ontario courts ought not to give effect to the Florida judgment.

### I. Real and Substantial Connection

84 I agree with Major J. that the “real and substantial connection” test developed in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 325, and *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1058, provides an appropriate conceptual basis for the enforcement in Canada of final judgments obtained in foreign jurisdictions as it does for final judgments obtained in other provinces.

85 That said, I recognize that there are significant differences between enforcement of a foreign judgment and enforcement of judgments from one province or territory to another within the Canadian federation. As La Forest J. observed in *Morguard* (at p. 1098):

The considerations underlying the rules of comity apply with much greater force between the units of a federal state. . . .

*Morguard* went on to refer to “[t]he integrating character of our constitutional arrangements” (p. 1100), including (1) common citizenship, (2) interprovincial mobility of citizens, (3) the common market among the provinces envisaged by our Constitution, and (4) the essentially unitary structure of our judicial system presided over by the Supreme Court of Canada. The constitutional flavour of the *Morguard* analysis was picked up and emphasized in *Hunt*, *supra*, and again in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, at para. 53. We should not backtrack on the importance of that distinction.

varie selon les circonstances particulières de l’affaire à l’origine du jugement par défaut rendu à l’étranger. J’estime que l’insuffisance de l’avis donné en l’espèce représente un déni de justice naturelle. Dans ces circonstances, les tribunaux ontariens doivent s’abstenir de mettre à exécution le jugement de la Floride.

### I. Lien réel et substantiel

Je conviens avec le juge Major que le critère du « lien réel et substantiel » élaboré dans les arrêts *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 325, et *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1058, fournit, comme dans le cas des jugements définitifs obtenus dans d’autres provinces, un fondement conceptuel approprié pour exécuter au Canada les jugements définitifs obtenus dans des ressorts étrangers.

Cela dit, je reconnais qu’il existe d’importantes différences entre l’exécution d’un jugement étranger et celle d’un jugement d’une province ou d’un territoire par les tribunaux d’une autre province ou d’un autre territoire de la fédération canadienne. Comme le juge La Forest le fait observer dans l’arrêt *Morguard*, p. 1098 :

Les considérations qui sous-tendent les règles de la courtoisie s’appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d’un État fédéral. . .

L’arrêt *Morguard* mentionne ensuite « [l]e caractère unificateur de nos arrangements constitutionnels » (p. 1100), dont (1) la citoyenneté commune, (2) la mobilité interprovinciale des citoyens, (3) le marché commun interprovincial prévu par notre Constitution, et (4) la structure essentiellement unitaire de notre système judiciaire dont le sommet est occupé par la Cour suprême du Canada. Dans l’arrêt *Hunt*, précité, et ensuite dans l’arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, par. 53, la Cour a relevé et souligné la connotation constitutionnelle de l’analyse effectuée dans l’arrêt *Morguard*. Il n’y a pas lieu de revenir sur l’importance de cette distinction.

It stands to reason that if the issues posed by the enforcement of foreign judgments differ from the issues encountered in the enforcement of judgments among the provinces and the territories, the legal rules are not going to be identical. Accordingly, while I accept that the *Morguard* test (“real and substantial connection”) provides a framework for the enforcement of foreign judgments, it would be prudent at this stage not to be overly rigid in staking out a position on available defences beyond what the facts of this case require. Both Major J. (paras. 39-41) and LeBel J. (paras. 217-18) acknowledge (with varying degrees of enthusiasm) that a greater measure of flexibility may be called for in considering defences to the enforcement of foreign judgments as distinguished from interprovincial judgments. The time will come when such a re-examination of available defences will be necessary. The need for such a re-examination does not arise in this case. The appellants come within the traditional limits of the natural justice defence, and their appeal should be allowed on that ground.

## II. The Foreign Judgment

In 1981, the appellants bought an empty lot in a Florida real estate subdivision near Sarasota for US\$4,000. It was described as Lot 2. They did not build. They did not even visit it. They just paid the municipal taxes. In 1983, they thought they had sold it to the respondents for US\$8,000. Despite the fact that all of the closing documentation referred to Lot 2, the respondents (who say they did not “catch” the reference to Lot 2 in the closing document) eventually claimed that they had *intended* to purchase the lot next door — Lot 1 — and that they had been falsely and fraudulently induced to buy Lot 2 by the appellants and a Florida real estate agent called O’Neill.

Il est évident que les règles juridiques applicables ne seront pas les mêmes si les problèmes soulevés par l’exécution de jugements étrangers diffèrent de ceux que pose l’exécution des jugements d’une province ou d’un territoire par les tribunaux d’une autre province ou d’un autre territoire. En conséquence, bien que je reconnaisse que le critère du « lien réel et substantiel » établi dans l’arrêt *Morguard* offre un cadre d’exécution en matière de jugements étrangers, j’estime qu’à ce stade il vaut mieux éviter d’adopter, au sujet des moyens de défense disponibles, un point de vue plus strict que ce que commandent les faits de la présente affaire. Les juges Major (par. 39-41) et LeBel (par. 217-218) reconnaissent (plus ou moins volontiers) qu’en examinant les moyens de défense opposables à l’exécution d’un jugement étranger, il peut être nécessaire de faire montre d’une plus grande souplesse que dans le cas d’un jugement rendu par un tribunal d’une autre province. À la longue, il faudra procéder à un tel réexamen des moyens de défense disponibles, qui ne s’avère toutefois pas nécessaire en l’espèce. Les appelants satisfont aux conditions traditionnelles requises pour pouvoir invoquer la justice naturelle comme moyen de défense, et leur appel devrait être accueilli pour ce motif.

## II. Le jugement étranger

En 1981, les appelants ont acheté, pour la somme de 4 000 \$US, un terrain vague faisant partie d’un lotissement situé près de Sarasota, en Floride. Ce terrain était décrit comme le lot 2. Les appelants n’y ont rien construit et ne l’ont même pas visité. Ils se sont contentés d’en acquitter les taxes municipales. En 1983, ils croyaient l’avoir vendu aux intimés pour la somme de 8 000 \$US. Bien que tous les documents requis pour conclure la vente aient mentionné le lot 2, les intimés (qui affirment ne pas avoir « relevé » cette mention du lot 2 dans les documents) ont finalement prétendu avoir eu l’*intention* d’acheter le lot voisin, soit le lot 1, et que les appelants et un agent immobilier de la Floride, appelé O’Neill, les avaient fausement et frauduleusement incités à acheter le lot 2.

- 88 No doubt the Florida courts had jurisdiction over the ensuing dispute. The land was located in that jurisdiction. The appellants ought to have anticipated, and probably did anticipate, that disputes over Florida land would be decided by Florida courts. However, they could not fairly have anticipated that this pedestrian real estate deal gone sour would eventually explode into a Florida judgment against them said to be worth in excess of C\$800,000 at the time of the trial in Ontario in November 1998 with interest continuing to run for the past five years at 12 percent per annum, producing an ultimate Kafka-esque judgment with an apparent value of over C\$1,000,000.
- Il ne fait aucun doute que les tribunaux de la Floride étaient compétents pour régler le différend qui a suivi. Le terrain était situé dans ce ressort. Les appelants auraient dû prévoir, et avaient probablement prévu, que tout différend relatif au terrain en Floride serait tranché par les tribunaux de la Floride. Toutefois, ils ne pouvaient pas vraiment prévoir qu'une banale opération immobilière ayant mal tourné aboutirait à un jugement d'un tribunal de la Floride les condamnant à verser une somme qui était estimée à plus de 800 000 \$CAN au moment du procès tenu en Ontario, en novembre 1998, et qui semble maintenant atteindre le montant kafkaïen de plus de 1 000 000 \$CAN, en raison des intérêts courus au taux annuel de 12 pour 100 pendant les cinq dernières années.
- 89 It appears that soon after being served with the respondents' Complaint, the appellants decided to tell their story to the Florida court by filing a Statement of Defence, but to forgo the further expense of hiring a Florida lawyer to represent their interests. The costs would likely have exceeded the amount they thought was in issue. As the trial judge in Ontario put it, based on what was disclosed in the Complaint, litigation of an US\$8,000 real estate transaction in Florida hardly seemed to be "worth the candle". The fact this evaluation proved to be disastrously wrong is a measure of the inadequacy of what they were told about the Florida proceedings.
- Il appert que, peu après s'être vu signifier la plainte des intimés, les appelants ont décidé de déposer une défense exposant leur version des faits au tribunal de la Floride, mais d'éviter toute dépense additionnelle liée à l'embauche d'un avocat de la Floride pour défendre leurs intérêts. Ces dépenses auraient probablement été supérieures au montant qui, croyaient-ils, était en litige. Comme l'a dit le juge de première instance en Ontario, compte tenu de ce que révélait la plainte, aller plaider en Floride relativement à une opération immobilière de 8 000 \$US ne paraissait guère [TRADUCTION] « en val[oir] la chandelle ». Le désastre auquel a mené cette mauvaise évaluation de la situation montre à quel point l'avis que les appelants ont reçu au sujet de l'instance en Floride était insuffisant.
- 90 My colleague Major J. holds, in effect, that the appellants are largely the victims of what he considers to be some ostrich-like inactivity and some poor legal advice from their Ontario solicitor. There is some truth to this, but such a bizarre outcome nevertheless invites close scrutiny of how the Florida proceedings transformed a minor real estate transaction into a major financial bonanza for the respondents.
- Mon collègue le juge Major conclut, en effet, que les appelants sont en grande partie victimes de leur inaction qu'il attribue à un genre de refus, de leur part, de voir le danger auquel ils étaient exposés et à des mauvais conseils de la part de leur avocat ontarien. Bien qu'il puisse y avoir une part de vérité dans ces propos, il reste qu'un résultat aussi singulier commande un examen attentif de la façon dont l'instance en Floride a permis aux intimés de tirer un profit important et inattendu d'une opération immobilière mineure.

While the notification procedures under the Florida rules may be considered in Florida to be quite adequate for Florida residents with easy access to advice and counsel from Florida lawyers (and there is no doubt that Florida procedures in general conform to a reasonable standard of fairness), nevertheless the question here is whether the appellants *in this proceeding* were sufficiently informed of the case against them, both with respect to liability and the potential financial consequences, to allow them to determine in a reasonable way whether or not to participate in the Florida action, or to let it go by default.

### III. The Initial Aborted Proceedings

The Florida action was initially commenced on February 15, 1985 by the two respondents and their then partners (who will collectively be referred to as the respondents) in the Twentieth Judicial Circuit in and for Charlotte County, Florida. The appellants duly filed a defence. Eventually, this first action was “voluntarily dismiss[ed] . . . without prejudice” by the Florida court, apparently on the basis that the respondents had commenced their action in the wrong Circuit. The respondents immediately started a second action in the Twelfth Judicial Circuit and again the appellants filed a defence. This suggests that when the appellants were notified of what pleading had to be done, they did it.

### IV. The Nature of the Complaint Against the Appellants

The original plaintiffs, two real estate developers and their wives (including the present respondents), alleged that the appellants misrepresented that they owned building Lot 1, whereas they owned building Lot 2, and that this misrepresentation was “willfully false and fraudulent”. The respondents said “they” (i.e., the individual respondents) began building on Lot 1, discovered the error, and “immediately ceased construction”.

Il est certes possible de considérer que la procédure prescrite en matière d’avis par les règles de la Floride est tout à fait suffisante en ce qui concerne les résidents de la Floride, qui ont facilement accès aux avis et aux conseils des avocats de cet État (et il ne fait aucun doute que la procédure de la Floride est, de manière générale, conforme à une norme raisonnable d’équité). Néanmoins, il faut se demander si l’avis que les appelants *en l’espèce* ont reçu au sujet du risque auquel ils étaient exposés — tant sur le plan de la responsabilité que sur celui des conséquences financières possibles — suffisait pour qu’ils soient en mesure de décider raisonnablement s’ils devaient participer à l’action intentée en Floride ou laisser le tribunal rendre jugement par défaut.

### III. L’instance initiale annulée

Les deux intimés et leurs associés de l’époque (qui seront collectivement appelés « les intimés ») ont intenté l’action initiale, le 15 février 1985, dans le Twentieth Judicial Circuit du comté de Charlotte, en Floride. Les appelants ont dûment produit une défense. Finalement, le tribunal de la Floride a rejeté la première action [TRADUCTION] « sur requête des demandeurs [intimés en l’espèce] et sous toutes réserves », apparemment parce que les intimés avaient intenté leur action dans le mauvais ressort. Les intimés ont aussitôt intenté une deuxième action dans le Twelfth Judicial Circuit et, là encore, les appelants ont produit une défense. Cela montre que, lorsqu’ils ont été avisés de produire un acte de procédure, les appelants l’ont fait.

### IV. La nature de la plainte déposée contre les appelants

Les demandeurs initiaux, deux promoteurs immobiliers et leurs épouses (y compris les intimés au présent pourvoi), ont allégué que les appelants leur avaient déclaré qu’ils possédaient le lot 1, alors qu’ils possédaient le lot 2, et que cette déclaration inexacte était [TRADUCTION] « délibérément fausse et frauduleuse ». Les intimés ont affirmé qu’« ils » (c’est-à-dire eux-mêmes personnellement) s’étaient rendu compte de l’erreur après avoir commencé à

As a result, the respondents incurred the expenses of preparing the lot for construction and lost revenue because they were unable to construct a model home on Lot 1, which was a corner lot.

construire sur le lot 1, et qu'ils avaient [TRADUCTION] « aussitôt arrêté les travaux de construction ». Les intimés avaient donc engagé des dépenses d'aménagement du terrain aux fins de construction et subi une perte de revenu due à l'impossibilité de construire une maison-témoin sur le lot 1, qui était un terrain d'angle.

94 It is not our function to get into the merits of the Florida case but I note the respondent, Frederick Beals III, eventually acknowledged in the Florida proceedings that work terminated in October 1984 not because of an error in the legal description of the lot but because of a falling out among the respondents. At that time, a "Johnny Quick toilet" had been delivered to the work site but the floor slab had not yet been poured. The error with regard to Lot 1 and Lot 2 was not discovered by the respondents until three months later in January 1985.

Il ne nous appartient pas d'examiner le bien-fondé de l'instance en Floride, mais je note que l'intimé, Frederick Beals III, a finalement reconnu, dans le cadre de cette instance, que l'arrêt des travaux, en octobre 1984, était dû non pas à une erreur de description cadastrale, mais à une brouille entre les intimés. À cette époque, une toilette chimique avait été livrée sur le chantier alors que la dalle du plancher n'était pas encore coulée. Ce n'est que trois mois plus tard, en janvier 1985, que les intimés se sont rendu compte de l'erreur concernant le lot 1 et le lot 2.

95 The total expenditures on the project, including the purchase price, the building permits, the survey tests, trusses and some other materials were about US\$14,000. The respondent Beals later testified that the average profit experienced on the houses he built in 1984 was about US\$5,000 per home. The respondents' eventual award on account of loss of profit was more than ten times that figure.

Les dépenses du projet, comprenant le prix d'achat et les sommes déboursées pour les permis de construction, les travaux d'arpentage, les fermes de toit et d'autres matériaux, totalisaient environ 14 000 \$US. L'intimé Beals a, par la suite, témoigné que le profit moyen réalisé sur chacune des maisons qu'il avait construites en 1984 était d'environ 5 000 \$US. Les intimés ont finalement obtenu, au titre de la perte de profits, un montant dix fois supérieur à cette somme.

96 The Complaint, and each subsequent "as amended" Complaint, simply refers to the respondents' damages on "a model home" (emphasis added). "A" model home is expressed in the singular and would not normally be understood, I think, to encompass an undisclosed and unbuilt residential subdivision which the respondents now say they had in mind.

La plainte et chaque plainte modifiée qui a suivi font simplement état des dommages-intérêts que les intimés réclamaient pour [TRADUCTION] « une maison-témoin » (je souligne). Vu que l'article « une » est au singulier, je ne crois pas que les termes « une » maison-témoin seraient normalement interprétés comme désignant un lotissement résidentiel non mentionné et non construit, auquel les intimés disent maintenant avoir songé.

97 The respondents claimed treble damages, rescission, punitive damages and costs. In the end, the jury seems to have ordered reimbursement of the actual expenditures (about US\$14,000) plus loss of profit (about US\$56,000), all of which was trebled to make the total of US\$210,000, plus punitive

Les intimés ont réclamé des dommages-intérêts triples, la résiliation du contrat, des dommages-intérêts punitifs et les dépens. En fin de compte, le jury semble avoir ordonné le remboursement des dépenses réelles (environ 14 000 \$US) et de la perte de profit (environ 56 000 \$US),



damages of US\$50,000. The balance of the current million dollar claim consists of accumulated post-judgment interest compounding at the rate of 12 percent, plus the effect of a less favourable U.S. currency exchange rate.

#### V. The Complaint Against Other Parties

The respondents also alleged in their Complaint that, in August 1984, they — the developers — had initiated contact with a Sarasota real estate firm, O'Neill's Realty, who showed them Lot 1. The respondents go on to state in their Complaint that the realtor was only authorized by the appellants to sell Lot 2 (para. 25). Nevertheless, the realtor (both the corporation and James O'Neill personally), “knowingly and falsely” misrepresented that the appellants owned Lot 1 (para. 27) and “fraudulently” failed to stop the closing of the sale of the wrong lot (paras. 33 and 51). The respondents claimed the same relief against the realtor as they had against the appellants (para. 37). As will be seen, the respondents' allegation in their Complaint against the realtor O'Neill more or less corresponded with the appellants' version of events set out in their Statement of Defence.

The respondents subsequently added a complaint against a new defendant, the Commonwealth Land Title Insurance Company, alleging that the title insurer knew or should have known that all of the closing documentation erroneously referred to the appellants' Lot 2, instead of the desired Lot 1, and by “remaining silent” breached its corporate duty of disclosure.

With respect to the issue of notice, Florida rules require the written Complaint to expressly warn that “[e]ach defendant is hereby required to serve written defenses . . . within 20 days. . . . If a defendant fails to do so, a default [judgment] will be entered against that defendant for the relief demanded . . . .” This is what the appellants were told. The logical implication of this statement, it seems to me, is that if a

le tout multiplié par trois pour un total de 210 000 \$US, plus le versement de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs. Le reste de la créance actuelle de 1 000 000 \$CAN s'explique par les intérêts composés après jugement qui ont couru au taux de 12 pour 100, et par le taux de change moins favorable de la devise américaine.

#### V. La plainte déposée contre les autres parties

Les intimés ont aussi allégué dans leur plainte qu'en août 1984 les promoteurs avaient communiqué avec une société immobilière de Sarasota, O'Neill's Realty, qui leur avait montré le lot 1. Ils ajoutent, dans leur plainte, que les appelants avaient seulement autorisé l'agent immobilier à vendre le lot 2 (par. 25). Néanmoins, l'agent immobilier (la société immobilière et James O'Neill personnellement) a [TRADUCTION] « sciemment et faussement » déclaré que les appelants possédaient le lot 1 (par. 27) et « frauduleusement » omis d'empêcher la vente du mauvais lot (par. 33 et 51). Les intimés ont réclamé de l'agent immobilier la même réparation que celle réclamée des appelants (par. 37). Comme nous le verrons, l'allégation que les intimés ont formulée dans leur plainte contre l'agent immobilier O'Neill recoupait plus ou moins la version des faits énoncée dans la défense des appelants.

Les intimés ont, par la suite, déposé contre une nouvelle défenderesse, la Commonwealth Land Title Insurance Company, une plainte dans laquelle ils alléguaient que cette société d'assurance de titres de propriété savait ou aurait dû savoir que tous les documents requis pour conclure la vente décrivaient erronément le lot 2, au lieu du lot 1 désiré, comme étant celui qui appartenait aux appelants, et qu'en [TRADUCTION] « ne disant rien » elle avait manqué à son obligation de divulgation.

En ce qui concerne l'avis qui doit être donné, les règles de la Floride exigent que la plainte écrite contienne la mise en garde expresse suivante : [TRADUCTION] « [c]haque défendeur est, par les présentes, tenu de signifier une défense écrite [. . .] dans les 20 jours. [. . .] Si un défendeur omet de le faire, un [jugement par] défaut accordant la réparation demandée sera rendu contre lui . . . » C'est

98

99

100

written defence were served, the defendants would *not* be in default of the pleading. This also turned out not to be true.

## VI. The Statement of Defence

101

The appellants filed, then refiled in the different judicial circuit, a Statement of Defence which pleaded in the relevant part, as follows:

### 2. The facts are as follows:

a) At no time did the Sellers engage the services of O'Neill's Realty, Inc., and/or James O'Neill to sell the property above-referred to or any other property whatsoever.

b) On or about 1984, the Defendant, James O'Neill, contacted the Sellers and informed them that he had a client who wished to purchase the above-referred to property. As there had been no previous communication of any kind whatsoever between the Sellers and James O'Neill, the Sellers believed that he, the said James O'Neill, represented the Plaintiffs.

c) During subsequent telephone conversations in or about August, 1984, the Sellers advised James O'Neill that they had never been in Port Charlotte, Florida, and that the only information in their possession with respect to the above-referred to property was the number allocated to same, that is to say: Lot 2, Block 3694 of Port Charlotte Subdivision, Section 65.

d) James O'Neill assured the Sellers that they were the owners of the lands that his client wished to purchase as he, the said James O'Neill, had perused the Public Records for the property in which his client was interested, and the names of the Sellers appeared thereon as owners. The Sellers were satisfied with his representations and therefore proceeded on that basis.

3. On or about August, 1984, the Sellers received a Contract for Sale of Real Estate which said Contract described the above-referred to property as being Lot 1. The Sellers contacted James O'Neill to advise him of the discrepancy.

4. James O'Neill once again assured the Sellers that they did own the property in which his client was

ce qui a été dit aux appelants. Il me semble que cet énoncé signifie logiquement que les défendeurs *ne* seraient *pas* en défaut s'ils signifiaient une défense écrite. Cela s'est également révélé faux.

## VI. La défense

Les appelants ont déposé dans le premier ressort judiciaire, et ensuite dans l'autre ressort, une défense contenant, dans sa partie pertinente, les allégations suivantes :

### [TRADUCTION]

### 2. Les faits sont les suivants :

a) Les vendeurs n'ont jamais eu recours à O'Neill's Realty, Inc. ou à James O'Neill pour vendre le bien susmentionné ou quelqu'autre bien.

b) En 1984, ou vers 1984, le défendeur, James O'Neill, a communiqué avec les vendeurs et les a informés qu'un de ses clients souhaitait acheter le bien susmentionné. Comme James O'Neill et les vendeurs n'avaient jamais communiqué ensemble auparavant, les vendeurs ont cru que le dénommé James O'Neill représentait les demandeurs.

c) Au cours des conversations téléphoniques qui ont suivi en août 1984 ou vers le mois d'août 1984, les vendeurs ont informé James O'Neill qu'ils n'étaient jamais allés à Port Charlotte, en Floride, et qu'ils connaissaient seulement le numéro du bien susmentionné, à savoir qu'il s'agissait du lot 2, bloc 3694 du lotissement de Port Charlotte, section 65.

d) James O'Neill a assuré aux vendeurs qu'ils étaient les propriétaires du terrain que son client souhaitait acheter, car il avait lui-même, James O'Neill, été en mesure de constater, en examinant les registres publics, que le bien qui intéressait son client y était inscrit comme appartenant aux vendeurs. Les vendeurs ont agi sur la foi de ces dires après les avoir jugés satisfaisants.

3. En août 1984 ou vers le mois d'août 1984, les vendeurs ont reçu un contrat de vente de bien immeuble indiquant que le bien vendu était le lot 1. Les vendeurs ont communiqué avec James O'Neill pour l'informer de cette disparité.

4. James O'Neill a de nouveau assuré aux vendeurs qu'ils étaient bel et bien les propriétaires du bien que son

interested and therefore the requisite change to the Contract was made. James O'Neill did not indicate to the Sellers that the change had to be initialled.

5. The Contract was returned to James O'Neill and on or about September 20th, 1984, the Sellers received a Warranty Deed which indicated that the property being sold was Lot 2.

6. As the discrepancy had been discussed with and pointed out to James O'Neill, and as the Warranty Deed specified Lot 2, Block 3694 of Port Charlotte Subdivision, Section 65, the Sellers had no reason to believe that the discrepancy in the Lot Number, that is to say Lot 2 as opposed to Lot 1, had not been discussed with the Plaintiffs and that the matter had not been efficiently and legally resolved. [Emphasis in original.]

The respondents never amended their Complaint against the appellants even though, as we will see, there was a good deal of activity in relation to the other defendants (before and after default was noted against the appellants) prior to the Florida court's final judgment against the appellants dated December 13, 1991.

## VII. The Appellants' Dilemma

The appellants had to decide how to respond to the Complaint. To make an informed decision, they should have been told in general terms of the case they had to meet on liability and, more importantly on these facts, an indication of the jeopardy they faced in terms of damages. This is not a case where the plaintiffs were satisfied with the damages implicit in a failed minor real estate transaction. The Complaint, in my view, did not adequately convey to the appellants the importance of the decision that would eventually be made in the Florida court. The appellants were merely told, unhelpfully, that the claim exceeded US\$5,000.

The appellants were entitled to draw some comfort from the fact that the respondents' guns were trained not on them alone, but on the real estate

client souhaitait acquérir, et la modification qui s'imposait a donc été apportée au contrat. Il n'a cependant pas indiqué aux vendeurs qu'ils devaient parapher cette modification.

5. Le contrat a été retourné à James O'Neill et, le 20 septembre 1984 ou vers cette date, les vendeurs ont reçu un acte de garantie dans lequel il était indiqué que le bien vendu était le lot 2.

6. Étant donné que la disparité avait été signalée à James O'Neill et analysée avec lui, et que l'acte de garantie indiquait le lot 2, bloc 3694 du lotissement de Port Charlotte, section 65, rien ne permettait aux vendeurs de croire que la différence de numéro du lot, c'est-à-dire le lot 2 au lieu du lot 1, n'avait pas fait l'objet d'une discussion avec les demandeurs et que le problème n'avait pas été réglé efficacement et légalement. [Souligné dans l'original.]

Les intimés n'ont jamais modifié la plainte qu'ils avaient déposée contre les appelants même si, comme nous le verrons, la situation a beaucoup évolué dans le cas des autres défendeurs (avant et après la constatation du défaut des appelants), avant que le tribunal de la Floride rende un jugement définitif contre les appelants, le 13 décembre 1991.

## VII. Le dilemme des appelants

Les appelants devaient décider comment répondre à la plainte. Pour qu'ils soient en mesure de prendre une décision éclairée, on aurait dû les informer de la preuve générale qu'ils devaient réfuter en matière de responsabilité et, ce qui est encore plus important compte tenu des faits, leur faire part des dommages-intérêts auxquels ils risquaient d'être condamnés. Il ne s'agit pas d'un cas où les demandeurs se sont contentés des dommages-intérêts normalement liés à l'échec d'une opération immobilière mineure. J'estime que la plainte ne permettait pas aux appelants de saisir la gravité de la décision que pourrait rendre le tribunal de la Floride. Elle ne faisait qu'indiquer, inutilement, aux appelants que le montant réclamé était supérieur à 5 000 \$US.

Les appelants étaient en droit de juger rassurant le fait qu'ils n'étaient pas les seuls dans la mire des intimés, vu que l'agent immobilier et la société

102

103

104

agent and the title insurer as well. Moreover, the respondent developers' allegations against the realtor O'Neill coincided with their own Statement of Defence, particularly the allegation that the appellants authorized the realtor to sell only Lot 2 — not Lot 1. On September 12, 1991, prior to the damages trial, the respondents settled with the realtor and the title insurer for US\$10,750. This radically transformed the potential jeopardy of the appellants. They were never told of the settlement.

#### VIII. The Florida Pleadings Rule

105 Under Rule 1.190(a) of the Florida *Rules of Civil Procedure* (Fla. Stat. Ann. R. Civ. P. § 1.190(a)), the appellants were required to refile their Defence every time the respondents amended their Complaint, even if the amendments were solely directed at other defendants. This was nowhere brought to the appellants' attention. As mentioned earlier, I think the appellants could fairly understand from the "warning" in the original Complaint that only if no defence were filed would there be a pleadings default in the action. Otherwise there would be no pleadings default. The respondents never amended their Complaint against the appellants. There was therefore nothing further for the appellants "to answer". They were nevertheless noted in default for failing to file a defence.

106 The respondents' Amended Complaint, Second Amended Complaint, Third Amended Complaint and ultimately Fourth Amended Complaint modified the allegations against other parties. In terms of procedural fairness, I think the appellants were entitled to assume that in the absence of any new allegations against them there was no need to refile a defence that had already been filed in the same action. To non-lawyers, a requirement for such apparently useless duplication would come as a surprise.

107 Yet we are told that:

d'assurance de titres de propriété l'étaient aussi. En outre, les allégations que les promoteurs intimés ont formulées contre l'agent immobilier O'Neill recoupaient leur propre défense, en particulier lorsqu'ils affirmaient que les appelants avaient seulement autorisé l'agent immobilier à vendre le lot 2 et non pas le lot 1. Le 12 septembre 1991, avant l'audience relative aux dommages-intérêts, les intimés se sont entendus avec l'agent immobilier et la société d'assurance de titres de propriétés pour qu'ils leur versent la somme de 10 750 \$US à titre de règlement, ce qui avait pour effet de changer radicalement le risque auquel les appelants étaient exposés. Ces derniers n'ont jamais été informés du règlement.

#### VIII. La règle de procédure de la Floride

Aux termes de la règle 1.190a) des *Rules of Civil Procedure* de la Floride (Fla. Stat. Ann. R. Civ. P. § 1.190a)), les appelants devaient déposer de nouveau leur défense chaque fois que les intimés modifiaient leur plainte, même si les modifications apportées ne visaient que les autres défendeurs. Les appelants n'ont jamais été informés de l'existence de cette règle. Je le répète, j'estime que les appelants pouvaient raisonnablement déduire de la « mise en garde » contenue dans la plainte initiale qu'il y aurait défaut de déposer un acte de procédure seulement si aucune défense n'était produite, sans quoi il n'y aurait pas de défaut à cet égard. Les intimés n'ont jamais modifié leur plainte contre les appelants. Par conséquent, rien ne justifiait une autre « réponse » des appelants. Ils ont néanmoins fait l'objet d'une constatation de défaut fondée sur l'omission de produire une défense.

Dans leurs première, deuxième, troisième et, finalement, quatrième plaintes modifiées, les intimés modifiaient les allégations contre les autres parties. Sur le plan de l'équité procédurale, j'estime que les appelants étaient en droit de supposer qu'en l'absence de nouvelles allégations contre eux ils n'avaient pas à déposer de nouveau une défense déjà produite en réponse à la même action. Pour le non-juriste, l'exigence de déposer, apparemment inutilement, un tel acte de procédure aurait de quoi étonner.

Pourtant, on nous dit ceci :

Under Florida law Dominic Thivy, Rose Thivy, Geoffrey Saldanha and Leueen Saldanha were under a mandatory obligation to deliver a defence to each of the new amended complaints. [Emphasis added.]

It seems to me the appellants were entitled to be told from the outset that their defence would be treated as non-existent if the Complaint were thereafter amended against *other* defendants.

When a Canadian resident is served with a legal process from within his or her own jurisdiction, he or she is presumed to know the law and the risks attendant with the notice. There can be no such presumption across different legal systems.

As the basis of the respondents' judgment is *default of pleading*, this lack of notification goes to the heart of the present appeal.

#### IX. Other Information the Appellants Did not Know

It is to be remembered that although the appellants had decided not to have a Florida lawyer, they were very much part of the liability phase of the action until noted in default on July 25, 1990, and very much interested in the assessment of damages phase of the action which did not take place until December 11, 1991. Even a defendant who concedes liability (as opposed to one who merely defaults) might want to contest what may appear to be "breathhtaking" damages claimed by the successful party. Liability and assessment of damages are two distinct and separate issues. A defendant may choose to concede the one but contest the other.

In administrative law, where issues of notification have been extensively canvassed, albeit in a different context, it is well established that a party must be made aware of "the potential jeopardy faced": D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*

[TRANSDUCTION] Suivant la loi de la Floride, Dominic Thivy, Rose Thivy, Geoffrey Saldanha et Leueen Saldanha avaient l'obligation absolue de produire une défense pour chaque nouvelle plainte modifiée. [Je souligne.]

Il me semble que les appelants étaient en droit d'être informés, dès le départ, que leur défense serait considérée comme non existante si la plainte était, par la suite, modifiée à l'égard des *autres* défendeurs.

Lorsqu'un résidant canadien se voit signifier un acte de procédure émanant de son propre ressort, il est présumé connaître la loi applicable et les risques que suppose l'avis qui lui est alors donné. Une telle présomption ne s'applique pas lorsqu'un régime juridique différent est en cause.

Comme le jugement obtenu par les intimés repose sur le *défaut de produire un acte de procédure*, cette absence d'avis est cruciale en l'espèce.

#### IX. Autres données inconnues des appelants

Il faut se rappeler que, même après avoir décidé de ne pas constituer avocat en Floride, les appelants avaient vraiment participé à l'étape de l'action relative à l'examen de la responsabilité jusqu'à ce leur défaut soit constaté le 25 juillet 1990, et qu'ils étaient des parties indubitablement intéressées à l'étape de l'évaluation des dommages-intérêts qui n'a débuté que le 11 décembre 1991. Même le défendeur qui reconnaît sa responsabilité (contrairement à celui qui est simplement en défaut) pourrait vouloir contester les dommages-intérêts apparemment « renversants » que lui réclame la partie ayant eu gain de cause. La responsabilité et l'évaluation des dommages-intérêts sont deux questions tout à fait distinctes. Un défendeur peut choisir de reconnaître l'un, tout en contestant l'autre.

En droit administratif, où des questions en matière d'avis ont été étudiées en profondeur, quoique dans un contexte différent, il est bien établi qu'une partie doit être informée [TRANSDUCTION] « du risque auquel elle est exposée » : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*

108

109

110

111

(loose-leaf ed.), at para. 9:5222. One of the criteria determining the stringency of natural justice requirements in particular circumstances is “the importance of the decision to the individual or individuals affected”: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 25. There is a difference in “importance” between a minor real estate transaction whose defence is “not worth the candle” and a major claim which the respondents have successfully orchestrated into a million dollar liability.

(a) *During the Liability Phase which Concluded July 25, 1990*

112

The appellants received no notice of the court order dated November 6, 1987, striking out the claim for punitive damages against the realtor and the title insurance defendant on the basis, apparently, that treble damages are themselves intended to be punitive, and an additional claim for punitive damages is not permitted under Florida law. Despite this ruling, the appellants, as defaulters, were subsequently held liable for treble damages of US\$210,000 *plus* punitive damages of US\$50,000. The punitive damages issue went very much to the appellants’ potential jeopardy, yet it seems they were not kept in the picture about court orders made in the same action as between the other parties relevant to the same head of damage alleged against them. This event predated being noted in default. If the appellants had received the advantage of this ruling, it would potentially have reduced the eventual damages against them by almost 20 percent. In other words, the oversight, if that is what it was, related to what is now claimed to be worth about a quarter of a million dollars.

113

On June 19, 1990, the appellants were sent a notice that an application would be made to the Florida court to note them in default for failure to file a defence to the Third Amended Complaint or “serve any pleading or other paper as required by

(éd. feuilles mobiles), par. 9:5222. L’un des critères qui détermine la rigueur avec laquelle les règles de la justice naturelle doivent être appliquées dans certaines circonstances est « l’importance de la décision pour les personnes visées » : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 25. L’opération immobilière mineure qui ne vaut pas la peine qu’on se défende n’a pas la même « importance » qu’une réclamation majeure que les intimés ont réussi à transformer en créance de 1 000 000 \$.

a) *Pendant l’étape de l’examen de la responsabilité qui a pris fin le 25 juillet 1990*

Les appelants n’ont pas été avisés de l’ordonnance du 6 novembre 1987, dans laquelle le tribunal annulait la demande de dommages-intérêts punitifs présentée contre l’agent immobilier et la société d’assurance de titres de propriété, en raison, semble-t-il, du caractère intrinsèquement punitif des dommages-intérêts triples et du fait que la loi de la Floride interdisait de présenter une demande additionnelle de dommages-intérêts punitifs. Malgré cette décision, les appelants, en tant que parties en défaut, se sont vu par la suite ordonner de payer des dommages-intérêts triples de 210 000 \$US, *plus* des dommages-intérêts punitifs de 50 000 \$US. Les dommages-intérêts punitifs faisaient étroitement partie du risque auquel les appelants étaient exposés, mais ces derniers ne semblent avoir été informés d’aucune ordonnance judiciaire rendue, dans le cadre de la même action, à l’égard des autres parties et relativement au même préjudice qui leur était reproché. S’ils avaient été avisés de cette ordonnance rendue avant la constatation de leur défaut, les appelants auraient pu voir réduire de presque 20 pour 100 le montant qu’ils se sont vu finalement ordonner de payer. En d’autres mots, l’oubli, si on peut dire, portait sur ce qui est maintenant évalué à un quart de million de dollars.

Le 19 juin 1990, les appelants ont été avisés que le tribunal de la Floride serait saisi d’une requête en constatation de défaut résultant de l’omission de produire une défense à l’encontre de la troisième plainte modifiée ou [TRADUCTION] « de signifier

law”. The appellants had no reason to think that the defence they had already filed was not applicable to the Third Amended Complaint. (Indeed, there apparently was a Fourth Amended Complaint but it is not in the record before us.) Unless the appellants were made aware of the Florida pleadings rule, which they were not, such a notice would simply add to their confusion. It may be obvious to a Florida lawyer that every amended Complaint requires a fresh defence even if there are no changes relevant to the defendant called upon to plead, but such a requirement would not be obvious to an Ontario lawyer, still less to self-represented litigants such as the appellants.

The appellants were noted in default on July 25, 1990.

(b) *After Being Noted in Default but Prior to the Jury Trial on December 11, 1991*

In some cases, a court making an assessment of unliquidated damages might think it unnecessary to notify the defaulters of the ongoing proceedings. It would depend on the circumstances. For example, in Ontario, Rule 19.02(3) leaves notice in the discretion of the court (*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194). Whatever may be the minimum requirements in some cases, I believe the circumstances here cried out for notice of the subsequent proceedings because in the period between the noting of default on July 25, 1990, and the damages trial on December 11, 1991, the potential jeopardy changed radically to the appellants’ disadvantage.

The appellants were not told that by Stipulation dated October 31, 1990, the respondents and realtor (both corporate and individual) made a deal “to delete claims against [the realtor] for treble damages, punitive damages, and statutory violations”, leaving

un acte de procédure ou autre document requis par la loi ». Les appelants n’avaient aucune raison de croire que la défense qu’ils avaient déjà produite ne s’appliquait pas à la troisième plainte modifiée. (En fait, il y aurait apparemment eu une quatrième plainte modifiée, qui ne figure cependant pas dans le dossier qui nous a été soumis.) À moins que les appelants ne soient informés de la règle de procédure de la Floride, ce qui n’a pas été fait, cet avis était simplement de nature à semer plus de confusion dans leur esprit. Bien qu’elle puisse être évidente pour un avocat de la Floride, l’obligation de déposer une nouvelle défense chaque fois qu’une plainte est modifiée — même si aucune des modifications apportées ne concerne le défendeur appelé à plaider — ne l’est cependant pas pour un avocat ontarien, et encore moins pour des parties, comme les appelants, qui se défendent elles-mêmes.

Le défaut des appelants a été constaté le 25 juillet 1990.

b) *Après la constatation du défaut, mais avant la tenue du procès devant jury le 11 décembre 1991*

Dans certains cas, le tribunal peut juger inutile d’aviser les parties en défaut de l’évaluation de dommages-intérêts non déterminés à laquelle il procède. Tout dépend des circonstances. Par exemple, la règle ontarienne 19.02(3) laisse à la discrétion du tribunal le soin de donner ou non avis (*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194). Quelles que soient les exigences minimales dans certains cas, je crois que, dans les circonstances de la présente affaire, il était indispensable de donner un avis des procédures subséquentes étant donné qu’entre le 25 juillet 1990, date de la constatation du défaut, et le 11 décembre 1991, date de l’audience relative aux dommages-intérêts, le risque auquel les appelants étaient exposés avait radicalement changé à leur détriment.

Les appelants n’ont pas été informés que, par stipulation datée du 31 octobre 1990, les intimés et l’agent immobilier (à la fois la société immobilière et l’agent immobilier lui-même) avaient convenu [TRADUCTION] « de supprimer les demandes

114

115

116

the respondents' claim against the realtor (who had been the only contact between the respondents and the appellants) to proceed in simple negligence. The appellants were now the only parties against whom treble damages and punitive damages were sought, but they were not told of that fact. Had they been so advised, they would have been able to consider cross-proceedings against the realtor for indemnification in respect of the more substantial claims now asserted against them alone.

117 Nor were the appellants served with the court order dated March 27, 1991, striking out as improper the respondents' claim for attorney's costs against the realtor and the title insurance company. By way of contrast, the final judgment against the appellants dated December 13, 1991, specifically "reserves jurisdiction to tax costs, prejudgment interest, and attorney's fees" against the appellants.

118 Nor were the appellants served with an order dated June 17, 1991 for mandatory mediation which provided that "[a]ll parties are required to participate" (emphasis added). Even defendants who consider it uneconomical to litigate a US\$8,000 building lot deal in a foreign country might well consider it to be in their best interest to participate in a mediation. The respondents say that the appellants were not entitled to notice of the order for mediation but it seems wholly incongruous to have a mediation order requiring "[a]ll parties" to participate when the *only* parties who were now the respondents' target for treble and punitive damages were not even told about it.

119 Nor were the appellants told that on September 12, 1991, the respondents settled with the realtor for US\$8,250 and subsequently settled with the title

de dommages-intérêts triples, de dommages-intérêts punitifs et d'indemnité pour violation de la loi déposées contre [l'agent immobilier] », et de laisser la demande des intimés contre l'agent immobilier (qui avait été le seul interlocuteur entre les intimés et les appelants) être examinée et tranchée sous l'angle de la simple négligence. Les appelants, qui étaient dorénavant les seules parties visées par la demande de dommages-intérêts triples et de dommages-intérêts punitifs, n'ont donc pas été avisés de ce fait. Si on les avait avisés, ils auraient pu songer à déposer contre l'agent immobilier une demande entre défendeurs en vue d'être indemnisés pour les réclamations plus substantielles dont ils faisaient désormais seuls l'objet.

Les appelants n'ont pas non plus reçu signification de l'ordonnance judiciaire du 27 mars 1991 annulant pour cause d'irrégularité la réclamation d'honoraires d'avocat que les intimés avaient présentée contre l'agent immobilier et la société d'assurance de titres de propriété. Par contre, le jugement définitif rendu contre les appelants le 13 décembre 1991 précisait que le tribunal [TRADUCTION] « se déclare compétent pour fixer les dépens, les intérêts avant jugement et les honoraires d'avocat » que les appelants pourront être condamnés à payer.

De même, les appelants n'ont pas reçu signification de l'ordonnance du 17 juin 1991 concernant un processus de médiation obligatoire, qui prévoyait que [TRADUCTION] « [t]outes les parties sont tenues de participer » (je souligne). Même le défendeur qui ne juge pas rentable d'aller participer à l'étranger à un litige portant sur la vente d'un terrain à bâtir pour la somme de 8 000 \$US pourrait bien considérer qu'il est dans son intérêt de participer à une médiation. Selon les intimés, les appelants n'avaient pas droit à un avis de l'ordonnance de médiation. Toutefois, il semble tout à fait absurde de délivrer une ordonnance requérant la participation de « [t]outes les parties » dans le cas où les *seules* parties désormais visées par la demande des intimés visant à obtenir des dommages-intérêts triples et des dommages-intérêts punitifs n'en avaient même pas été avisées.

Les appelants n'ont pas été informés non plus que, le 12 septembre 1991, les intimés — tout en conservant la propriété du lot 2 — s'étaient



insurers for US\$2,500 while still retaining title to Lot 2. This left the appellants as the sole target at the damages trial. According to the documents they had received, the appellants were still entitled to believe that the respondents continued to make against the realtor essentially the same points as those the appellants themselves had set out in their Statement of Defence. This was no longer true. The appellants did not know that they were now on their own.

Nor were the appellants served, as required by the Florida rules, with notice of the experts the respondents proposed to call at the damages assessment. This too might have operated as a wake-up call to the appellants, who at this late stage were drifting obliviously toward financial disaster.

As mentioned above, the Third Amended Complaint claimed the respondents' damages on a model home. It is true that by their default, the appellants admitted the allegations of fact in the Complaint, but the facts thus admitted were specific to the respondents and to a single model home. There is surely a significant difference between damages on a single home (even a "model" home) and damages on a theory of lost profit from the construction of a non-existent residential subdivision. Yet it is a judgment largely based on the latter allegation, not the allegation in the Complaint, that is the basis of the bulk of the million dollar judgment now sought to be enforced against the appellants in Ontario.

On December 11, 1991, the Florida court entered a directed verdict for unliquidated damages against the appellants, and assessed the damages at US\$210,000 plus US\$50,000 punitive damages. It now appears that the out-of-pocket construction costs which formed a substantial part of the award of compensatory damages against the appellants

entendus avec l'agent immobilier et ensuite avec la société d'assurance de titres de propriétés pour qu'ils leur versent respectivement les sommes de 8 250 \$US et de 2 500 \$US, à titre de règlement. Les appelants se retrouvaient ainsi les seuls visés à l'audience relative aux dommages-intérêts. Selon les documents qu'ils avaient reçus, les appelants étaient toujours en droit de croire que les intimés maintenaient contre l'agent immobilier essentiellement les mêmes allégations que celles qu'ils avaient eux-mêmes incluses dans leur défense. Ce n'était toutefois plus le cas. Les appelants ignoraient qu'ils se retrouvaient désormais seuls.

En plus, contrairement aux règles de la Floride, les appelants n'ont pas été avisés des experts que les intimés comptaient appeler à témoigner lors de l'évaluation des dommages-intérêts. Un tel avis aurait pu également sonner l'alarme aux appelants qui, à cette étape tardive, se dirigeaient inconsciemment vers un désastre financier.

Comme nous l'avons vu, la troisième plainte modifiée parlait des dommages-intérêts que les intimés réclamaient pour une maison-témoin. Il est vrai que le défaut des appelants signifiait qu'ils admettaient le bien-fondé des allégations de fait contenues dans la plainte, mais les faits ainsi admis se rapportaient uniquement aux intimés et à une maison-témoin. Il y a sûrement une différence importante entre réclamer des dommages-intérêts pour une seule maison (même une « maison-témoin ») et réclamer des dommages-intérêts pour la perte théorique de profits relativement à un lotissement résidentiel n'ayant jamais été construit. Cependant, le jugement accordant la somme de 1 000 000 \$ — dont on demande maintenant l'exécution contre les appelants en Ontario — repose essentiellement sur une opinion largement fondée sur la dernière allégation et non sur celle contenue dans la plainte.

Le 11 décembre 1991, le tribunal de la Floride a inscrit un verdict imposé dans lequel il ordonnait aux appelants de verser des dommages-intérêts non déterminés répartis ainsi : la somme de 210 000 \$US à titre de dommages-intérêts, et celle de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs. Il se révèle maintenant que les coûts de

120

121

122

were not incurred by the respondents, as had been alleged in their Complaint, but by Fox Chase Homes of Sarasota, Inc. or Fox Chase Homes of Charlotte County, Inc., whose names appeared nowhere in the pleadings. In the Ontario action, the trial judge found that under Florida law “causes of action of a corporation such as Fox Chase are the property of the corporation and cannot be passed through to its shareholders. Dissolved corporations cannot maintain actions except through their last directors with appropriate description in the Style of Cause not present in this matter.” There was no such “appropriate description” in the Florida style of cause. In my view, the intervention of one or two corporate entities could raise a number of potential defences not otherwise available in the assessment of damages. The purpose of a pleading is to give notice. It is certainly not implicit in anything said in the Complaint that the respondents were claiming damages on behalf of corporations in which they had an interest.

construction, qui représentaient une partie substantielle des dommages-intérêts compensatoires auxquels les appelants étaient condamnés, ont été engagés non pas par les intimés, comme ils l’alléguaient dans leur plainte, mais plutôt par la Fox Chase Homes of Sarasota, Inc. ou la Fox Chase Homes of Charlotte County, Inc., dont les noms ne figurent nulle part dans les actes de procédure. Dans le cadre de l’action intentée en Ontario, le juge de première instance a conclu que, selon la loi de la Floride, [TRADUCTION] « les causes d’action d’une société comme la Fox Chase sont sa propriété et ne peuvent être cédées à ses actionnaires. Les sociétés dissoutes ne peuvent poursuivre une action que par l’intermédiaire de leurs derniers administrateurs désignés de manière appropriée dans l’intitulé de la cause, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. » Une telle « désignation appropriée » ne figure pas dans l’intitulé de la cause en Floride. À mon avis, l’intervention d’une ou deux personnes morales aurait pu permettre d’invoquer un certain nombre de moyens de défense qui n’étaient pas par ailleurs disponibles lors de l’évaluation des dommages-intérêts. Un acte de procédure sert à aviser. Il est certain que rien de ce qui est mentionné dans la plainte ne laisse entendre que les intimés réclamaient des dommages-intérêts au nom de sociétés dont ils étaient actionnaires.

123 The appellants had not even been told that the respondents would be seeking damages for the corporation’s lost opportunity to build an undefined number of homes on land to which neither the respondents nor the corporation held title.

Les appelants n’ont même pas été informés que les intimés comptaient réclamer des dommages-intérêts pour la possibilité que la société avait perdue de construire un nombre indéterminé de maisons sur un terrain qui ne lui appartenait pas et qui n’appartenait pas non plus aux intimés.

124 I do not accept the suggestion that the appellants are the authors of their own misfortune on the basis that if they had hired a Florida lawyer they would have found out about all of these developments. The appellants decided not to defend the case set out against them in the Complaint. That case was subsequently transformed. They never had the opportunity to put their minds to the transformed case because they were never told about it.

Je rejette l’idée que les appelants sont les artisans de leur malheur en ce sens que l’embauche d’un avocat en Floride leur aurait permis de prendre connaissance de tous ces changements de situation. Les appelants ont décidé de ne pas contester la preuve déposée contre eux dans la plainte. Cette preuve a été, par la suite, modifiée. Les appelants n’ont jamais eu la possibilité de prendre connaissance de la nouvelle preuve parce qu’on ne leur a jamais fait part de son existence.

125 I do not suggest that any one of the foregoing omissions of notice would necessarily have been

Je n’insinue pas que l’une ou l’autre des omissions de donner avis susmentionnées aurait

fatal to enforcement of the respondents' default judgment in Ontario. Cumulatively, at all events, these continuing omissions seem to me to demonstrate an unfair procedure which in this particular case failed to meet the standards of natural justice.

#### X. Availability of an Appeal

The appellants had ten days to appeal the default judgment. They did not do so, apparently based on advice from their Ontario solicitor. I agree with Major J. that the appellants cannot be relieved of the consequences of their failure to appeal simply because they acted on legal advice.

The failure to exhaust local remedies in the foreign court is ordinarily a factor to be taken into account in determining whether a foreign judgment is enforceable in Ontario, but I do not think it is fatal here. We are dealing with a *default* judgment obtained, in my view, without compliance with the rules of natural justice. Moreover, even if the appellants had appealed, we are told that no record of the damage assessment proceedings exists. There is no transcript of the evidence heard by the jury. There is similarly no record of the instructions given to the jury by the trial judge. If the respondents complied with the letter of the Florida rules, as they say they did, a Florida appellate court might well uphold the default judgment. The Ontario court is faced with a *different* issue than that which would have confronted a Florida appellate court. Was the notice, notwithstanding presumed compliance with Florida court rules, sufficient to alert the *foreign* defendants to the case they had to meet, and the potential jeopardy they faced?

I agree in this respect with the view of the English Court of Appeal in *Adams v. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929, at pp. 1052-53, that the availability of an appeal in the foreign jurisdiction is not necessarily determinative.

nécessairement rendu inexécutoire en Ontario le jugement par défaut obtenu par les intimés. Tout bien considéré, il me semble que ces omissions continues témoignent d'une procédure inéquitable qui, en l'espèce, ne respectait pas les règles de justice naturelle.

#### X. L'existence d'un droit d'appel

Les appelants avaient dix jours pour porter en appel le jugement par défaut. Ils ne l'ont pas fait, apparemment sur le conseil de leur avocat ontarien. Je conviens avec le juge Major que les appelants ne peuvent pas échapper aux conséquences de leur défaut d'interjeter appel simplement parce qu'ils ont agi sur le conseil d'un avocat.

Le défaut d'épuiser les recours disponibles sur place dans le ressort étranger est habituellement un facteur dont il faut tenir compte pour décider si un jugement est exécutoire en Ontario, mais je ne crois pas que ce défaut soit fatal en l'espèce. Nous sommes en présence d'un jugement *par défaut* obtenu, selon moi, d'une manière contraire aux règles de justice naturelle. Qui plus est, même si les appelants avaient interjeté appel, il reste, nous dit-on, qu'aucun dossier ne fait état des débats de l'audience relative à l'évaluation des dommages-intérêts. Il n'existe aucune transcription de la preuve entendue par le jury. De même, aucun dossier ne fait état des directives du juge de première instance au jury. Si les intimés avaient respecté à la lettre les règles de la Floride, comme ils le prétendent, un tribunal d'appel de la Floride pourrait bien confirmer la validité du jugement par défaut. La question en litige dont est saisi le tribunal ontarien est *différente* de celle qu'un tribunal d'appel de la Floride aurait été appelé à trancher. Même en présumant que les règles de pratique de la Floride ont été respectées, on peut se demander si l'avis donné était suffisant pour prévenir les défendeurs *étrangers* de la preuve à réfuter et du risque auquel ils étaient exposés.

À ce propos, je partage l'opinion de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *Adams c. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929, p. 1052-1053, selon laquelle l'existence d'un droit d'appel dans le ressort étranger n'est pas nécessairement

126

127

128

*Cape Industries* was also a case of a default judgment.

129 I would also reject the argument that the appeal should be dismissed because the appellants ought to have moved “promptly” to set aside the default judgment for “excusable neglect”. Such relief is normally available to a defendant who has formed an intention to defend but for some “excusable” reason had “delayed” in taking appropriate steps. The problem here is that the appellants had in fact filed a Statement of Defence but had decided, based on what they were told about the respondents’ action, not to defend it further. The appellants’ problem was not that they failed to implement an intention to defend, but that their intention not to further defend was based on a different case.

130 In these circumstances, I would not enforce a judgment based on (in my view) inadequate notice — and thus violative of natural justice — just because the appellants did not appeal the Florida judgment to the Florida appellate court, or seek the indulgence of the Florida court to set aside for “excusable neglect” a default judgment that rests on such a flawed foundation.

#### XI. Disposition

131 I would allow the appeal to dismiss the action, with costs throughout to the appellants.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

##### I. Introduction

132 The enforcement of this judgment, which has its origins in a straightforward sale of land for US\$8,000 and has now grown to well over C\$800,000, is unusually harsh. In my view, our law should be flexible enough to recognize and avoid such harshness in circumstances like these, where

déterminante. Il était également question d’un jugement par défaut dans l’arrêt *Cape Industries*.

Je rejeterais aussi l’argument voulant que le pourvoi soit rejeté parce que les appelants aurait dû demander [TRADUCTION] « promptement » l’annulation du jugement par défaut pour cause de « négligence excusable ». Ce recours peut normalement être exercé par le défendeur qui avait l’intention de se défendre mais qui, pour une raison « excusable », a « tardé » à prendre les mesures appropriées. En l’espèce, le problème tient au fait que les appelants avaient effectivement produit une défense et qu’ils ont ensuite décidé de tout abandonner, sur la foi de ce qui leur avait été dit au sujet de l’action des intimés. Le problème des appelants tient non pas au fait de ne pas avoir mis à exécution leur intention de se défendre, mais plutôt au fait que leur décision de cesser de se défendre reposait sur des allégations différentes.

Dans ces circonstances, je n’exécuterais pas un jugement fondé (selon moi) sur un avis insuffisant — et donc contraire à la justice naturelle — simplement parce que les appelants n’ont ni appelé du jugement rendu en Floride devant le tribunal d’appel de la Floride, ni demandé au tribunal de la Floride de faire montre d’indulgence en annulant pour cause de « négligence excusable » un jugement par défaut ayant un fondement aussi vicié.

#### XI. Dispositif

J’accueillerais le pourvoi visant à faire rejeter l’action, les appelants ayant droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

##### I. Introduction

L’exécution du présent jugement qui résulte d’une simple vente de terrain pour la somme de 8 000 \$US et dont le montant accordé s’élève maintenant à plus de 800 000 \$CAN est d’une sévérité inhabituelle. À mon avis, notre droit devrait être assez souple pour reconnaître et éviter une telle

the respondents' original claim was dubious in the extreme and the appellants are guilty of little more than bad luck. To hold that the appellants are the sole authors of their own misfortune, it seems to me, is to rely heavily on the benefit of hindsight; and to characterize the respondents' case in the original action as merely weak is something of an understatement. The implication of the position of the majority is that Canadian defendants will from now on be obliged to participate in foreign lawsuits no matter how meritless the claim or how small the amount of damages in issue reasonably appears to be, on pain of potentially devastating consequences from which Canadian courts will be virtually powerless to protect them.

In my opinion, this Court should avoid moving the law of conflicts in such a direction. Thus, I respectfully disagree with the reasons of the majority on two points. I would hold that this judgment should not be enforced because a breach of natural justice occurred in the process by which it was obtained. I also have concerns about the way the "real and substantial connection" test, in its application to foreign-country judgments, is articulated by the majority.

Although I agree both that the "real and substantial connection" test should be extended to judgments from outside Canada and that the Florida court properly took jurisdiction over the defendants in this particular case, in my view the test should be modified significantly when it is applied to judgments originating outside the Canadian federation. Specifically, the assessment of the propriety of the foreign court's jurisdiction should be carried out in a way that acknowledges the additional hardship imposed on a defendant who is required to litigate in a foreign country.

Furthermore, the philosophy of *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, which replaces traditional categories with a purposive, principled framework, should not be

sévérité dans un cas comme celui qui nous occupe, où la demande initiale des intimés était extrêmement douteuse et où les appelants peuvent, tout au plus, être blâmés d'avoir joué de malchance. Il me semble que conclure que les appelants sont les artisans de leur malheur est avant tout une conclusion a posteriori, et que qualifier de simplement faible la preuve produite par les intimés dans le cadre de leur action initiale est un euphémisme. Le point de vue adopté par les juges majoritaires signifie que les défendeurs canadiens seront désormais tenus de participer aux poursuites intentées à l'étranger — même celles qui peuvent raisonnablement sembler plus ou moins fondées ou si dérisoire que puisse raisonnablement paraître le montant de dommages-intérêts réclamé — sous peine de subir des conséquences potentiellement dévastatrices contre lesquelles les tribunaux canadiens ne pourront pratiquement pas les protéger.

À mon avis, notre Cour devrait éviter de donner cette orientation au droit international privé. Par conséquent, je ne souscris pas aux motifs majoritaires à deux égards. Je conclurais qu'il n'y a pas lieu d'exécuter le présent jugement parce qu'un déni de justice naturelle entache la procédure suivie pour l'obtenir. Je suis également préoccupé par la façon dont les juges majoritaires formulent le critère du « lien réel et substantiel » dans le cas des jugements étrangers.

Tout en reconnaissant que le critère du « lien réel et substantiel » doit s'appliquer aux jugements rendus à l'extérieur du Canada et que le tribunal de la Floride a eu raison de se déclarer compétent à l'égard des défendeurs en l'espèce, j'estime qu'il y a lieu de modifier sensiblement ce critère lorsqu'il s'agit de l'appliquer à des jugements émanant de l'extérieur de la fédération canadienne. Plus précisément, l'évaluation de la légitimité de la compétence du tribunal étranger doit tenir compte des difficultés supplémentaires auxquelles se heurte le défendeur tenu de plaider dans un pays étranger.

En outre, la philosophie sous-jacente de l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, qui remplace les catégories traditionnelles par un système téléologique et fondé

133

134

135

confined to the question of jurisdiction, but should also be extended to the defences. In my view, liberalizing the jurisdiction side of the analysis while retaining narrow, strictly construed categories on the defence side is not a coherent approach. I would adopt a more flexible approach to the defences than the majority, and on that approach it is my view that the appellants have made out the defence of natural justice.

136 The solution that the majority sets out to the question of recognition and enforcement of foreign judgments appears to go further than courts have gone in other Commonwealth jurisdictions or in the United States (as I will discuss below). This discrepancy may place Canadian defendants in a disadvantageous position in international litigation against foreign plaintiffs. As a result, the risks and thus the transaction costs to our citizens of cross-border ventures will be increased, in some cases beyond what commercially reasonable people would consider acceptable. Canadian residents may consequently be deterred from entering into international transactions — an outcome that frustrates, rather than furthers, the purpose of private international law.

## II. Background

137 I agree with Major J.'s outline of the facts. I would, however, place additional emphasis on a number of details that emerge from the record.

138 The Saldanhas and the Thivys (to whom I will refer collectively as the "Sellers") purchased the lot in Florida thinking that they might eventually build a vacation home on it. In the meantime, they had little to do with it. They purchased it without having visited it, and they never saw it. They did not think seriously about selling the land until they received the unsolicited offer from the Bealses and Foodys (the "Buyers") in 1984. This was a relatively small investment from which they anticipated no more than modest returns and on which, it seems

sur des principes, devrait non pas se limiter à la question de la compétence, mais également s'appliquer aux moyens de défense. À mon avis, il est illogique de libéraliser le volet « compétence » de l'analyse tout en continuant de répartir le volet « moyens de défense » dans des catégories bien précises et assujetties à une interprétation stricte. Je suis d'avis d'appliquer aux moyens de défense une approche plus souple que celle des juges majoritaires et, selon cette approche, j'estime que les appelants ont démontré qu'ils étaient justifiés d'invoquer la justice naturelle comme moyen de défense.

La solution que les juges majoritaires énoncent en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers paraît aller plus loin que ce qu'ont proposé les tribunaux d'autres pays du Commonwealth ou des États-Unis (comme je l'expliquerai plus bas). Cette disparité pourra avoir pour effet de désavantager les citoyens canadiens appelés à se défendre contre les demandeurs qui les poursuivent à l'étranger. Il en résultera, pour nos citoyens participant à des entreprises transfrontalières, une augmentation des risques et, par le fait même, des coûts d'opération qui, dans certains cas, sera supérieure à ce que des gens d'affaires raisonnables jugeraient acceptable. Les résidents canadiens pourront donc être dissuadés de conclure des opérations internationales — résultat qui contrecarre l'objet du droit international privé au lieu d'en favoriser la réalisation.

## II. Les faits

Je souscris à l'exposé des faits du juge Major. Cependant, j'insisterais davantage sur un certain nombre de détails qui ressortent du dossier.

Les Saldanha et les Thivy (que j'appellerai collectivement les « vendeurs ») ont acheté le terrain en Floride dans le but d'y construire éventuellement une résidence secondaire. Dans l'intervalle, ils ne s'en sont guère occupé. Ils l'ont acheté sans l'avoir visité et, en fait, ne l'ont jamais vu. Ils ne songeaient pas sérieusement à le vendre jusqu'à ce qu'ils reçoivent, en 1984, l'offre spontanée des Beals et des Foody (les « acheteurs »). Il s'agissait pour les vendeurs d'un placement relativement peu coûteux dont ils n'espéraient tirer rien de plus qu'un léger

reasonable to infer, they did not expect to expend much energy.

The Sellers received the Buyers' offer to purchase from a Florida real estate agent, a Mr. O'Neill, in August 1984. They had had no prior dealings with Mr. O'Neill. Mrs. Rose Thivy, who worked in a law office and had done some work as a law clerk as well as some title searching and conveyancing, dealt with Mr. O'Neill on behalf of the group. She testified that she asked Mr. O'Neill how he found her telephone number, and he told her that he had searched the County records to find the owners of the lot his clients wanted to buy.

The Buyers' written offer was sent to Mrs. Thivy. She noticed that it erroneously referred to "Lot 1". She assumed that the Buyers were not interested in buying the Sellers' property and that the deal would not proceed. The Sellers did not pursue the matter. Mr. O'Neill then contacted Mrs. Thivy to ask why there had been no response to the offer. Mrs. Thivy pointed out the misidentification of the lot to Mr. O'Neill, who insisted that the Sellers were the registered owners of the lot the Buyers wanted. Mrs. Thivy changed the number on the document to "Lot 2". The Buyers accepted this counteroffer. Subsequently, the Sellers received a deed and other closing documents in the mail. All the documents referred to Lot 2 and not to Lot 1.

In January 1985, Mr. Beals telephoned Mrs. Thivy and complained that he had been sold the wrong lot. Mrs. Thivy told him about her conversation with Mr. O'Neill, and suggested that Mr. Beals resolve the problem with him.

In March 1985, the Sellers received a copy of a pleading initiating an action by the Buyers in a Florida Circuit Court (the "Complaint"). The Complaint stated that it related to "an action for

profit et auquel, peut-on raisonnablement supposer, ils ne s'attendaient pas à consacrer beaucoup d'énergie.

L'offre d'achat des acheteurs a été transmise aux vendeurs, en août 1984, par un agent immobilier de la Floride, un certain M. O'Neill. Les vendeurs n'avaient jamais traité avec M. O'Neill. Madame Rose Thivy, qui travaillait dans un cabinet d'avocats et qui avait accompli certaines tâches à titre de technicienne juridique et effectué des recherches et transferts de titres, a négocié avec M. O'Neill pour le compte du groupe. D'après son témoignage, elle a demandé à M. O'Neill comment il avait obtenu son numéro de téléphone, et celui-ci lui a répondu l'avoir trouvé en cherchant, dans les registres du comté, le nom des propriétaires du terrain que ses clients voulaient acquérir.

L'offre écrite des acheteurs a été envoyée à M<sup>me</sup> Thivy. Celle-ci a remarqué que l'on y mentionnait par erreur le « lot 1 ». Elle a présumé que les acheteurs n'étaient pas intéressés à acheter le terrain des vendeurs et que la vente n'aurait donc pas lieu. Les vendeurs n'ont pas donné suite. Monsieur O'Neill a alors communiqué avec M<sup>me</sup> Thivy pour lui demander pourquoi on n'avait pas répondu à l'offre. Madame Thivy a signalé l'erreur de désignation du lot à M. O'Neill, qui a tenu à préciser que les vendeurs étaient les propriétaires inscrits du terrain que les acheteurs voulaient acquérir. Madame Thivy a changé le numéro inscrit sur le document de manière à y lire « lot 2 ». Les acheteurs ont accepté cette contre-offre. Par la suite, les vendeurs ont reçu par la poste un acte et les autres documents requis pour conclure la vente. Tous les documents indiquaient le lot 2 et non le lot 1.

En janvier 1985, M. Beals a téléphoné à M<sup>me</sup> Thivy pour se plaindre du fait qu'on lui avait vendu le mauvais terrain. Madame Thivy lui a raconté la conversation qu'elle avait eue avec M. O'Neill et lui a suggéré de s'adresser à lui pour régler le problème.

En mars 1985, les vendeurs ont reçu une copie d'un acte introductif d'instance (la « plainte ») déposé par les acheteurs devant une cour de circuit de la Floride. Il y était indiqué qu'il s'agissait d'une

139

140

141

142

damages which exceeds \$5,000”, as was required to give the Circuit Court monetary jurisdiction over the matter, but otherwise did not specify the quantum of damages claimed.

143 The Complaint alleged that the Sellers had fraudulently induced the Buyers to purchase the wrong lot. The Buyers claimed damages based on the purchase price of the lot, the expenses they had incurred in preparing the lot for construction, and revenue they had lost because they had been unable to build a model home on Lot 1. There were also claims against two other defendants, O’Neill’s Realty and the Buyers’ title insurance company. Attached to the Complaint was the original offer to purchase referring to Lot 1. The contract of purchase and sale referring to Lot 2 was not attached.

144 Mrs. Thivy and Mr. Saldanha both testified that the Sellers had hoped to “rectify the situation” with the Buyers, perhaps by rescinding the transaction and refunding the Buyers’ money. When they received the Complaint, however, they decided to defend the lawsuit. Mrs. Thivy telephoned the Florida court for instructions on procedure and form. She then drafted a defence for all the Sellers to sign, and sent it to the court in Florida. In the defence, the Sellers denied that they had ever represented that they owned Lot 1.

145 In the fall of 1986, the Sellers received notice that the action in Florida had been voluntarily dismissed, without prejudice. Mr. Saldanha testified that he thought the reason the action had been dismissed was that the facts the Sellers had set out in their defence were dispositive. As he put it, “when it went away I said, ‘Okay, people know the facts, it’s over.’”

146 But it was not over. A short time later, the Buyers commenced a second action in the Florida court, and the Sellers received a new Complaint in the mail (the “Amended Complaint”). The Amended Complaint set out essentially the same allegations

[TRADUCTION] « action en dommages-intérêts supérieurs à 5 000 \$ » — comme cela devait être fait pour que la Cour de circuit ait compétence en la matière —, sans toutefois préciser le montant des dommages-intérêts réclamés.

Il était allégué dans la plainte que les vendeurs avaient frauduleusement incité les acheteurs à acquérir le mauvais terrain. Les acheteurs réclamaient des dommages-intérêts fondés sur le prix d’achat du terrain, les dépenses d’aménagement du terrain aux fins de construction et la perte de revenu due à l’impossibilité de construire une maison-témoin sur le lot 1. Ils réclamaient aussi des dommages-intérêts à deux autres défendeurs, à savoir O’Neill’s Realty et la société d’assurance de titres de propriété avec qui ils avaient traité. L’offre d’achat initiale mentionnant le lot 1 était annexée à la plainte, mais non le contrat d’achat mentionnant le lot 2.

Madame Thivy et M. Saldanha ont tous les deux témoigné que les vendeurs avaient espéré [TRADUCTION] « remédier à la situation » avec les acheteurs en annulant éventuellement la vente et en les remboursant. Toutefois, lorsqu’ils ont reçu la plainte, ils ont décidé de contester. Madame Thivy a téléphoné au tribunal de la Floride pour obtenir des directives sur la procédure à suivre. Elle a ensuite rédigé une défense qu’elle a fait signer par tous les vendeurs et l’a envoyée au tribunal de la Floride. Dans leur défense, les vendeurs n’ont pas s’être fait passer, à quelque moment que ce soit, pour les propriétaires du lot 1.

À l’automne de 1986, les vendeurs ont reçu un avis les informant que l’action intentée en Floride avait été rejetée sur requête des demandeurs et sous toutes réserves. Monsieur Saldanha a témoigné avoir cru que l’action avait été rejetée parce que les faits énoncés dans la défense des vendeurs étaient concluants. Comme il l’a affirmé, [TRADUCTION] « au moment où cela a cessé, je me suis dit : “bien, ils connaissent les faits, c’est terminé”. »

Tout n’était cependant pas terminé. Peu après, les acheteurs ont intenté une deuxième action devant le tribunal de Floride et les vendeurs ont reçu une nouvelle plainte par la poste (la « plainte modifiée »). On y trouvait essentiellement les mêmes alléguations



as the previous one. A claim for treble damages was added against the Sellers, and the language was somewhat different, alleging that “wilfully false and fraudulent” misrepresentations were made by the Sellers both directly and through Mr. O’Neill. The Amended Complaint also said that the Sellers had “willingly and wilfully” changed the contract of purchase and sale to read “Lot 2”, without informing the Buyers. The damages claimed were spelled out in more detail than before; the Buyers claimed three times the amount they had paid for the land, three times their construction expenses and business losses, rescission of the contract and return of the purchase price, punitive damages, attorney’s fees and court costs. Again, the original offer referring to Lot 1, without the Sellers’ signatures, was attached, but the contract of purchase and sale, and the other closing documents which identified Lot 2 as the property being transferred, were not.

Mrs. Thivy prepared a new defence, which was simply a copy of the old one, and sent it to the Florida court purportedly on behalf of all four defendants. The trial judge accepted the evidence of the Saldanhas, which differed from that of the Thivys on this point, that the Saldanhas chose not to defend the second action and that Mrs. Thivy signed their names to the new defence without their authorization. The Saldanhas therefore did not attorn to the reinstated action, although the Thivys did.

Mr. Saldanha testified that when he and his wife learned of the Amended Complaint, they discussed the matter, and decided that “we were not going to respond to this, because we had already responded”. Mr. Saldanha thought that the resurrection of the action was an error of some kind, because the new complaint “seemed to be the same thing regurgitated again” and, in his view, the Sellers had already informed the Florida court of facts that disproved the regurgitated allegations. At this point, as the trial judge put it, “[g]iven their share of the amount at issue, which they assumed to be one-half of \$8,000 US, [the Saldanhas] decided the game was

que dans la plainte précédente. Dans une demande de dommages-intérêts triples, ajoutée contre les vendeurs et formulée quelque peu différemment, il était allégué que les vendeurs avaient, directement et par l’intermédiaire de M. O’Neill, fait des déclarations inexactes [TRADUCTION] « délibérément fausses et frauduleuses ». La plainte modifiée précisait aussi que les vendeurs avaient « volontairement et délibérément » modifié le contrat d’achat de manière à y lire « lot 2 », et ce, sans en informer les acheteurs. Les dommages-intérêts réclamés étaient plus détaillés qu’auparavant; les acheteurs réclamaient trois fois le montant payé pour le terrain, trois fois le montant de leurs dépenses de construction et pertes d’entreprise, la résiliation du contrat et le remboursement du prix d’achat, des dommages-intérêts punitifs, les honoraires d’avocat et les dépens. Là encore, l’offre initiale mentionnant le lot 1 et non signée par les vendeurs était annexée, mais non le contrat d’achat et les autres documents requis pour conclure la vente qui désignaient le lot 2 comme étant le bien cédé.

Madame Thivy a préparé une nouvelle défense, tout simplement identique à l’ancienne, et l’a envoyée au tribunal de la Floride, apparemment au nom des quatre défendeurs. Le juge de première instance a accepté le témoignage — divergent de celui des Thivy à cet égard — dans lequel les Saldanha affirmaient qu’ils avaient choisi de ne pas contester la deuxième action et que M<sup>me</sup> Thivy avait signé leur nom sur la nouvelle défense, sans leur autorisation. Les Saldanha n’avaient donc pas acquiescé à la nouvelle action, alors que les Thivy l’avaient fait.

Monsieur Saldanha a affirmé qu’au moment où son épouse et lui ont appris l’existence de la plainte modifiée, ils ont décidé, après discussion, qu’ils n’y répondraient pas parce qu’ils l’avaient déjà fait ». Monsieur Saldanha a cru que la réintroduction de l’action résultait d’une erreur quelconque, du fait que la nouvelle plainte [TRADUCTION] « semblait réitérer les mêmes allégations » et qu’à son avis, les vendeurs avaient déjà communiqué au tribunal de la Floride des faits réfutant ces allégations. C’est alors, comme l’a affirmé le juge de première instance, que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de leur part du montant en litige,

147

148

not worth the candle, and they would participate no further” ((1998), 42 O.R. (3d) 127, at p. 130).

149 The Thivys seem to have come to the same conclusion not long afterwards. After the action was relaunched, the Amended Complaint was amended three times, and the Sellers duly received copies of each new version. The Thivys sent their initial defence to the Florida court, but did not respond to any of the new versions of the Amended Complaint. Mrs. Thivy testified that they decided “just to forget about it” because defending the action would probably cost them just as much as the lawsuit was worth, and because they thought that the Florida courts had no jurisdiction over them.

150 The successive versions of the Amended Complaint did not change the allegations against the Sellers in any way. The only changes were to claims against other defendants. Mr. Richard Groner, who acted for the respondents in the litigation in Florida, testified at the Ontario trial as an expert in Florida civil procedure. He testified that, under the applicable rules, each amendment to a complaint requires a response from all the parties on whom it is served, even parties to whom the changes in the pleading have no relevance. Such a party may simply resubmit a copy of his or her earlier defence, or may seek the court’s permission to let the earlier defence stand over, but if these steps are not taken the defence that has already been filed ceases to have any legal effect. Therefore, the result of the Sellers’ failure to respond to new versions of the Amended Complaint was that they were viewed under the Florida rules as not having raised any defence at all. There was nothing in the documents served on the Sellers to notify them that this was a potential consequence of failure to refile their defence.

151 The Sellers received notice of a default hearing on July 25, 1990, but did not attend or respond. In due course, they were noted in default. As a result,

qu’ils évaluait à la moitié de 8 000 \$US, [les Saldanha] ont décidé que le jeu n’en valait pas la chandelle et qu’ils n’iraient pas plus loin » ((1998), 42 O.R. (3d) 127, p. 130).

Les Thivy semblent être arrivés à la même conclusion un peu plus tard. Après la réintroduction de l’action, la plainte modifiée a été modifiée de nouveau à trois reprises et les vendeurs ont dûment reçu copie de chaque nouvelle version. Les Thivy ont envoyé leur défense initiale au tribunal de la Floride, mais n’ont répondu à aucune des autres versions de la plainte modifiée. Madame Thivy a témoigné qu’ils avaient décidé de [TRADUCTION] « simplement tout oublier » parce que, pour contester l’action, ils devraient probablement déboursier autant que le montant réclamé et qu’ils croyaient que les tribunaux de la Floride n’avaient pas compétence à leur égard.

Les allégations formulées contre les vendeurs sont restées les mêmes dans chacune des versions successives de la plainte modifiée. Seules les demandes présentées contre les autres défendeurs étaient modifiées. Lors du procès en Ontario, M<sup>e</sup> Richard Groner, qui avait représenté les intimés au cours de l’instance en Floride, est venu témoigner en qualité d’expert en procédure civile de la Floride. Il a affirmé que, selon les règles applicables, chaque modification apportée à une plainte exige une réponse de toutes les parties à qui elle est signifiée, mêmes celles qui ne sont pas touchées par ces modifications. Les parties peuvent alors simplement produire de nouveau une copie de leur défense antérieure ou encore demander au tribunal la permission de maintenir leur défense antérieure, sans quoi la défense déposée antérieurement perd tout effet juridique. Par conséquent, du fait qu’ils n’avaient pas répondu aux autres versions de la plainte modifiée, les vendeurs étaient considérés, sous le régime des règles de la Floride, comme n’ayant présenté aucune défense. Rien dans les documents qui leur ont été signifiés n’indiquait aux vendeurs que c’était un risque auquel ils seraient exposés s’ils ne déposaient pas de nouveau leur défense.

Le 25 juillet 1990, les vendeurs ont reçu un avis d’audience sur défaut, mais ils n’y ont pas répondu et n’ont pas assisté à l’audience. Leur défaut a été

they were deemed to have admitted all the allegations in the Amended Complaint so far as they related to liability. Damages were still a live issue. A hearing was held before a judge and a jury in Florida to assess damages. The Sellers received notice of this hearing, too, but again they did not respond.

We do not know much about what was said in the damages hearing. There is no transcript of that proceeding. Mr. Groner testified that in Florida courts transcripts are not mandatory for civil trials; a reporter is provided at the option of and at the expense of the litigants. In this case, he decided not to incur the expense. There is no record of the judge's instructions to the jury. An expert witness testified on the valuation of the Buyers' business losses. No expert's report was filed. Mr. Groner testified that it is usual in civil litigation in Florida for parties to obtain information about an expert witness's qualifications and proposed testimony through the discovery process. Expert reports are generally not submitted to the court. All that survives to provide some clue as to how a simple \$8,000 land transaction turned into the extraordinary amount now at stake in this appeal is a "Memorandum of Lost Profits Damage" prepared by Mr. Groner, which he submitted to the trial judge in Florida to support his submissions on jury instructions.

In late December 1991, the Sellers received the judgment of the Florida court in the mail. The total amount of the judgment was slightly over \$270,000, of which \$50,000 was punitive damages, with interest set at 12 percent per annum from the date of the judgment, December 12, 1991 (there seems some confusion in the record over the amount awarded, which the trial judge said was \$260,000; the copy of the Florida court's judgment filed in the record is for two amounts which together total \$270,886.57). The Sellers were surprised and dismayed at the size of this amount. Mr. Saldanha testified that at first he

constaté en temps utile. Ils étaient donc considérés comme ayant reconnu le bien-fondé de toutes les allégations ayant trait à la responsabilité dans la plainte modifiée. Cependant, la question des dommages-intérêts se posait toujours. Une audience devant un juge et un jury a eu lieu en Floride en vue d'évaluer les dommages-intérêts. Les vendeurs ont également été avisés de cette audience, mais là encore, ils n'ont pas répondu.

Nous n'en savons pas beaucoup sur ce qui s'est dit à l'audience relative aux dommages-intérêts. Il n'existe aucune transcription des débats de cette audience. Maître Groner a affirmé que, devant les tribunaux de la Floride, les transcriptions ne sont pas obligatoires en matière civile. Toutefois, les parties peuvent retenir, à leurs frais, les services d'un sténographe. En l'espèce, il a décidé de ne pas engager cette dépense. Aucun dossier ne fait état des directives du juge au jury. Un expert a témoigné au sujet de l'évaluation des pertes d'entreprise subies par les acheteurs, mais aucun rapport d'expert n'a été produit. Maître Groner a affirmé que les parties à une instance civile en Floride ont l'habitude de recourir à l'interrogatoire préalable pour obtenir des renseignements sur les qualifications d'un témoin expert et sur le témoignage qu'il compte faire. En général, aucun rapport d'expert n'est soumis au tribunal. Tout ce qui reste pour aider à comprendre comment une simple opération immobilière de 8 000 \$ a pu aboutir au montant exceptionnellement élevé qui est réclamé en l'espèce est le [TRADUCTION] « Mémoire concernant le préjudice causé par la perte de profits » que M<sup>e</sup> Groner a préparé et présenté au juge de première instance en Floride pour étayer ses observations sur les directives au jury.

Vers la fin de décembre 1991, les vendeurs ont reçu par la poste le jugement du tribunal de la Floride. Le montant total accordé dans ce jugement était légèrement supérieur à 270 000 \$, dont 50 000 \$ de dommages-intérêts punitifs au taux annuel de 12 pour 100 à compter de la date du jugement, soit le 12 décembre 1991 (il semble régner dans le dossier une certaine confusion au sujet du montant accordé qui, selon le juge de première instance, était de 260 000 \$; la copie du jugement rendu en Floride qui a été versée au dossier fait état de deux montants totalisant 270 886,57 \$). Les

152

153

thought it was a joke. Mrs. Saldanha testified that when she read the number in print “it was like a real blow to the stomach”.

154 The Sellers realized only at this point that the Florida action was not, as they had assumed, a minor dispute that would be more expensive to defend than to lose. They recognized that they needed to seek legal advice immediately. The Thivys and the Saldanhas separately consulted lawyers. They were advised that the judgment would not be enforced in Ontario because the Florida court did not have jurisdiction over them. Acting on this advice, the Sellers did not avail themselves of the various means available to them in the Florida system to challenge the judgment.

155 Mr. Beals was examined for discovery in the proceedings in Ontario, and his testimony was read in. His deposition in the Florida proceedings was also an exhibit in the Ontario trial. Based on that evidence, the trial judge made findings of fact that included the following:

- Mr. Beals signed all the closing documents referring to Lot 2 without reading them.
- Construction of the model home on Lot 1 stopped before the Buyers learned that they had bought the wrong lot. Mr. Beals and Mr. Foody decided to discontinue their business relationship for unrelated reasons, and Mr. Beals bought out his partner’s interest in the company.
- Mr. Beals’s company, Fox Chase Homes, was dissolved before the Florida action was commenced.

There is no suggestion that these factual findings were in error.

156 Mr. David Mulock, a Florida litigator, testified for the appellants as an expert on Florida procedural

vendeurs ont été surpris et consternés devant l’importance de ce montant. Monsieur Saldanha a témoigné qu’il avait d’abord cru à une blague. Quant à M<sup>me</sup> Saldanha, elle a déclaré avoir eu [TRADUCTION] « l’impression de recevoir un coup à l’abdomen » en apercevant le chiffre inscrit.

Ce n’est qu’à ce moment que les vendeurs se sont rendu compte que l’action intentée en Floride n’était pas, comme ils l’avaient présumé, un différend mineur où le coût d’une contestation dépasserait celui d’un échec. Ils ont immédiatement compris qu’ils avaient besoin de conseils juridiques. Les Thivy et les Saldanha ont, chacun de leur côté, consulté un avocat. Ils se sont fait dire que le jugement ne serait pas exécuté en Ontario parce que le tribunal de la Floride n’avait pas compétence à leur égard. Forts de ce conseil, les vendeurs ne se sont pas prévalus des divers moyens de contester le jugement que le régime juridique de la Floride mettait à leur disposition.

Monsieur Beals a subi un interrogatoire préalable dans le cadre de l’instance en Ontario et son témoignage a été consigné en preuve. La déposition qu’il a faite dans le cadre de l’instance en Floride a également servi de pièce justificative lors du procès en Ontario. Compte tenu de ces éléments de preuve, le juge de première instance a notamment tiré les conclusions de fait suivantes :

- Monsieur Beals a signé, sans les lire, tous les documents requis pour conclure la vente qui mentionnaient le lot 2.
- La construction de la maison-témoin sur le lot 1 a cessé avant même que les acheteurs apprennent qu’ils avaient acquis le mauvais terrain. Messieurs Beals et Foody ont décidé de mettre fin à leur relation d’affaires pour d’autres motifs, et M. Beals a acquis la participation de son associé dans la société.
- La société de M. Beals, la Fox Chase Homes, a été dissoute avant l’introduction de l’action en Floride.

Rien ne semble indiquer que ces conclusions de fait étaient erronées.

Maître David Mulock, un avocat qui exerce devant les tribunaux de la Floride, a témoigné,

and substantive law. He testified that justifiable reliance is one of the essential components of a fraud claim in Florida law. He stated his opinion that reliance by the Buyers on misrepresentations that they were buying Lot 1 could not have been reasonable, because the ownership of land is a matter of public record which can easily be checked, and routinely is checked in any real estate transaction. Mr. Mulock said that the allegations in the Complaint, even if true, were therefore insufficient to support damages for fraud.

Mr. Mulock also testified that when a corporation that has a claim for damages is dissolved, its last directors can pursue the cause of action as long as they indicate in the pleadings that they do so in the capacity of representatives of the corporation. None of the many versions of the Complaint in the Florida action made any reference to Fox Chase Homes.

The trial judge inferred from the contents of the Memorandum of Lost Profits Damage and from the verdict reached by the Florida jury that the jury had not been informed of several key facts: that the decision to stop construction and the winding-up of Fox Chase Homes were unrelated to the mistake in the land transaction; that the corporation that had allegedly suffered business losses was not a party to the action; and that there was a contract of purchase and sale signed by both the Buyers and the Sellers referring to Lot 2. This was the basis for his finding that the jury was deliberately misled and the defence of fraud was made out.

### III. The Extension of the “Real and Substantial Connection” Test to Foreign-Country Judgments

#### A. *The Need for Clarification*

The parties agreed before the trial judge that the Florida court had properly assumed jurisdiction. As a result, it is not strictly necessary to deal with the application of the “real and substantial

au nom des appelants, à titre d’expert en droit procédural et substantiel de la Floride. Il a déclaré que la confiance justifiable est l’un des éléments essentiels d’une allégation de fraude selon le droit de la Floride. Il s’est dit d’avis que les acheteurs n’avaient aucune raison de se fier aux déclarations inexactes selon lesquelles ils achetaient le lot 1, étant donné que le titre de propriété d’un terrain est consigné dans un registre public qui peut facilement être consulté — et l’est systématiquement — dans le cadre d’une opération immobilière. Maître Mulock a ajouté que, par conséquent, même si elles étaient vraies, les allégations contenues dans la plainte ne justifieraient pas l’attribution de dommages-intérêts pour fraude.

Toujours selon M<sup>e</sup> Mulock, si la société qui réclame des dommages-intérêts est dissoute, ses derniers administrateurs peuvent faire valoir la cause d’action pourvu qu’ils indiquent, dans leurs actes de procédure, qu’ils le font en qualité de représentants de la société. Aucune des nombreuses versions de la plainte déposée dans le cadre de l’action en Floride ne mentionne la Fox Chase Homes.

Le juge de première instance a inféré du contenu du mémoire concernant le préjudice causé par la perte de profits et du verdict du jury de la Floride que ce dernier n’avait pas été informé de plusieurs faits déterminants : l’arrêt des travaux de construction et la liquidation de la Fox Chase Homes n’étaient pas liés à l’erreur commise dans l’opération immobilière; la société qui aurait subi des pertes d’entreprise n’était pas partie à l’action; le fait que le contrat d’achat signé par les acheteurs et les vendeurs mentionnait le lot 2. C’est ce qui explique sa conclusion que le jury a été délibérément induit en erreur et que le moyen de défense fondé sur la fraude pouvait être invoqué.

### III. L’application du critère du « lien réel et substantiel » aux jugements étrangers

#### A. *Le besoin de clarification*

Les parties ont convenu devant le juge de première instance que le tribunal de la Floride avait eu raison de se déclarer compétent. Pour statuer sur le présent pourvoi, il n’est donc pas vraiment

157

158

159

connection” test to foreign-country judgments to dispose of this appeal. Although the issue is moot between these parties, the Court asked for additional submissions on it. My discussion of the jurisdiction question is more extensive than would ordinarily be necessary in light of the appellants’ concession of this point and of my agreement with Major J. on what the result of the jurisdiction analysis should be in this case. I have set out my views on this issue in detail because the principles that ought to shape the jurisdiction analysis should also inform the interpretation of the defences, on which I disagree with the majority.

160 I will follow Major J. in assuming that the relevant laws of other Canadian provinces are substantially the same as those of Ontario. I will be referring to Canada and Ontario interchangeably, except where the context indicates otherwise.

161 *Morguard, supra*, marked the beginning of a new era in Canadian conflicts law, and set out the basic principles and policy objectives underlying that new legal framework. At a practical level, however, it left many questions unanswered. Among them are whether the “real and substantial connection” test applies in international situations, and the precise nature of the connections that support the recognition of jurisdiction. The present appeal is a suitable occasion within which to clarify some of the implications of *Morguard* and to develop its ramifications in the international context. For these reasons, this Court decided to hear submissions on the international application of the test, in the hope of providing some guidance to lower courts on the issues that this case raises although those issues are no longer live between the parties.

162 Under the approach adopted by the majority, the “real and substantial connection” test applies in the international context just as it does within Canada, and if any unfairness results it may be dealt with

nécessaire d’examiner la question de l’application du critère du « lien réel et substantiel » aux jugements étrangers. En dépit du caractère théorique que la question revêt à l’égard des parties au présent litige, la Cour a demandé des observations supplémentaires à ce sujet. Mon analyse de la question de la compétence est donc plus approfondie qu’elle devrait l’être normalement, en raison de la concession des appelants à ce sujet et de mon accord avec l’opinion du juge Major sur ce qui devrait résulter de l’analyse de la compétence en l’espèce. J’ai exposé en détail mon point de vue sur cette question parce que les principes appelés à encadrer l’analyse de la compétence doivent aussi s’appliquer à l’interprétation des moyens de défense à l’égard de laquelle je ne partage pas l’opinion des juges majoritaires.

À l’instar du juge Major, je présume que les lois pertinentes des autres provinces canadiennes sont essentiellement les mêmes que celles de l’Ontario. Je renverrai indifféremment au Canada et à l’Ontario, à moins que le contexte exige d’être plus précis.

L’arrêt *Morguard*, précité, qui a marqué le début d’une nouvelle ère en droit international privé canadien, a énoncé les principes fondamentaux et les objectifs de politique générale qui sous-tendent ce nouveau cadre juridique. En pratique, toutefois, il a laissé maintes questions sans réponse, notamment celle de savoir si le critère du « lien réel et substantiel » s’applique dans un contexte international, et celle de la nature précise des liens justifiant la reconnaissance de compétence. Le présent pourvoi offre ainsi une bonne occasion de clarifier certaines conséquences de l’arrêt *Morguard* et d’expliquer les ramifications de cet arrêt sur le plan international. Pour ces motifs, notre Cour a décidé d’entendre des observations concernant l’application internationale du critère dans l’espoir d’offrir aux tribunaux inférieurs certaines indications sur les questions soulevées en l’espèce, même si elles ne se posent plus à l’égard des parties.

Selon l’approche adoptée par les juges majoritaires, le critère du « lien réel et substantiel » s’applique dans le contexte international exactement de la même façon qu’au Canada et, pour remédier

only by arguing *forum non conveniens* in the foreign forum or invoking defences to the enforcement of the final judgment. My view is different. The jurisdiction test itself should be applied so that the assumption of jurisdiction will not be recognized if it is unfair to the defendant. To do so requires taking into account the differences between the international and interprovincial contexts as well as between the rationales that structure our conflicts law in these two spheres.

#### B. *Constitutional Imperatives Versus International Comity*

The adoption in *Morguard* of new, liberal and purposive rules governing recognition and enforcement of judgments from one province by the courts of another was based on two underlying rationales: constitutional considerations, particularly the intention of the framers of the Constitution to create an integrated national economy; and considerations of international comity, which La Forest J. held should be evaluated anew “in the light of a changing world order” (p. 1097). While the latter rationale extends to foreign-country judgments, the former does not.

In *Morguard*, La Forest J. emphasized that the integrated character of the Canadian federation makes a high degree of cooperation between the courts of the various provinces a practical necessity. As this Court later confirmed in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, it is a “constitutional imperative”, inherent in the relationship between the units of our federal state, that each province must recognize the properly assumed jurisdiction of another, and conversely that no court in a province can intermeddle in matters that are without a constitutionally sufficient connection to that province. Provided that a court’s assumption of jurisdiction is based on a real and substantial connection to the forum, the matter is within the sphere of provincial authority, and the resulting judgment is entitled to “full faith and credit”, to borrow the

à toute injustice qui peut en résulter, il suffit d’invoquer le principe du *forum non conveniens* devant le tribunal étranger ou d’opposer des moyens de défense à l’exécution du jugement définitif. Je ne partage pas cet avis. Le critère même de la compétence doit s’appliquer pour empêcher la reconnaissance de la déclaration de compétence qui est injuste pour la partie défenderesse. Pour ce faire, il faut tenir compte des différences qui existent entre les contextes international et interprovincial, de même qu’entre les raisonnements qui définissent notre droit international privé à ces deux égards.

#### B. *Impératifs constitutionnels par opposition à courtoisie internationale*

Deux types de considérations sous-tendent l’adoption, dans l’arrêt *Morguard*, de nouvelles règles libérales et téléologiques en matière de reconnaissance et d’exécution des jugements d’une province par les tribunaux d’une autre province : des considérations constitutionnelles, en particulier l’intention des rédacteurs de la Constitution de créer une économie nationale intégrée, et des considérations de courtoisie internationale qui, selon le juge La Forest, doivent être réévaluées en fonction des « changements de l’ordre mondial » (p. 1097). Seul le dernier type de considérations s’applique aux jugements étrangers.

Dans l’arrêt *Morguard*, le juge La Forest a souligné que le caractère unifié de la fédération canadienne commande, en fait, une large mesure de coopération entre les tribunaux des diverses provinces. Comme notre Cour l’a confirmé plus tard dans l’arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, un « impératif constitutionnel », inhérent au lien existant entre les éléments qui forment notre État fédéral, veut que chaque province reconnaisse la compétence qu’une autre province déclare avoir à juste titre et, à l’inverse, qu’aucun tribunal d’une province ne puisse s’immiscer dans des affaires qui, sur le plan constitutionnel, n’ont aucun lien suffisant avec la province où il est situé. Pourvu que la déclaration de compétence d’un tribunal repose sur l’existence d’un lien réel et substantiel avec le ressort, l’affaire relève de la compétence provinciale et le jugement

163

164

language of the United States Constitution (Article IV), in all the other provinces.

165

As I observed in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, at para. 53, it is clear from the reasoning in both *Morguard* and in *Hunt*, *supra*, “that federalism was the central concern underlying both decisions”. At the same time, *Morguard* left little doubt that the old common law rules were as outdated in the international sphere as they were inappropriate in the interprovincial context. La Forest J. noted that international borders are far more permeable, and international travel and communications much easier, than was the case when the traditional rules were developed in the nineteenth century. Business dealings with residents of other states are both commonplace and essential for any sophisticated modern economy. It is contrary to the interests of a modern state to retain rules of private international law that impede its citizens’ participation in the increasingly integrated world economy. La Forest J. endorsed the view of H. E. Yntema that the rules of private international law ought to “promote suitable conditions of interstate and international commerce” (“The Objectives of Private International Law” (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721, at p. 741, cited in *Morguard*, at p. 1097).

166

*Morguard* thus strongly suggested that the recognition and enforcement of foreign-country judgments should be subject to a more liberal test informed by an updated understanding of international comity. It is equally clear from a reading of *Morguard* and its progeny that the considerations informing the application of the test to foreign-country judgments are not identical to those that shape conflict rules within Canada. As I observed in *Spar*, *supra*, at para. 51, “it is important to emphasize that *Morguard* and *Hunt* were decided in the context of interprovincial jurisdictional disputes . . . [and that] the specific findings of these decisions cannot easily be extended beyond this context”. See

qui s’ensuit a droit à une « reconnaissance totale » (« *full faith and credit* », pour reprendre l’expression figurant dans la Constitution américaine (article IV)) de la part de toutes les autres provinces.

Comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, par. 53, il ressort clairement du raisonnement tenu dans les arrêts *Morguard* et *Hunt*, précités, « que les décisions reposaient essentiellement sur le caractère fédéral du Canada ». En même temps, selon l’arrêt *Morguard*, il n’existe plus guère de doute que les anciennes règles de common law étaient devenues aussi désuètes sur le plan international qu’inappropriées dans le contexte interprovincial. Le juge La Forest a noté que les frontières internationales sont désormais beaucoup plus perméables et que les communications et les déplacements internationaux sont beaucoup plus faciles qu’à l’époque où les règles traditionnelles ont été établies, c’est-à-dire au XIX<sup>e</sup> siècle. Les opérations commerciales avec les résidents d’autres pays sont maintenant courantes et essentielles à une économie moderne avancée. Un État moderne n’a pas intérêt à conserver des règles de droit international privé qui empêchent ses citoyens de participer à une économie mondiale de plus en plus intégrée. Le juge La Forest a souscrit au point de vue de H. E. Yntema selon lequel les règles de droit international privé doivent « promouvoir des conditions propices au commerce international » (« The Objectives of Private International Law » (1957), 35 *R. du B. can.* 721, p. 741, cité dans l’arrêt *Morguard*, p. 1097).

L’arrêt *Morguard* laissait donc fortement entendre que la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers doivent être assujetties à un critère plus libéral reposant sur une interprétation actualisée de la courtoisie internationale. Il ressort tout aussi clairement de l’arrêt *Morguard* et de la jurisprudence qui l’a suivi que les considérations qui sous-tendent l’application du critère aux jugements étrangers ne sont pas identiques à celles qui déterminent les règles de droit international privé au Canada. Comme je l’ai fait observer dans l’arrêt *Spar*, précité, par. 51, « il importe de souligner que les arrêts *Morguard* et *Hunt* ont été jugés dans le contexte de conflits de compétence



also *Hunt, supra*, at p. 328. Although constitutional considerations and considerations of international comity both point towards a more liberal jurisdiction test, important differences remain between them.

One of those differences is that the rules that apply within the Canadian federation are “constitutional imperatives”. Comity as between sovereign nations is not an obligation in the same sense, although it is more than a matter of mere discretion or preference. In *Morguard*, La Forest J. adopted the definition of comity stated by the United States Supreme Court in *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at pp. 163-64 (cited in *Morguard*, at p. 1096):

“Comity,” in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.

The phrase “international duty and convenience” does not refer to a legally enforceable duty. No super-national legal authority can impose on sovereign states the obligation to honour the principle of comity. Rather, states choose to cooperate with other states out of self-interest, because it is convenient to do so, and out of “duty” in the sense that it is fair and sensible for State A to recognize the acts of State B if it expects State B to recognize its own acts.

The provinces, on the other hand, are constitutionally bound both to observe the limits on their own power to assert jurisdiction over defendants outside the province, and to recognize the properly assumed jurisdiction of courts in sister provinces; for them, this is “a matter of absolute obligation”. This obligation reflects the unity in diversity that

interprovinciaux [. . .] [et que] les conclusions précises de ces arrêts ne peuvent facilement déborder de ce contexte ». Voir également l’arrêt *Hunt*, précité, p. 328. Bien que les considérations constitutionnelles et les considérations de courtoisie internationale laissent entrevoir un critère de compétence plus libéral, d’importantes différences subsistent toutefois entre elles.

L’une de ces différences tient au fait que les règles applicables dans la fédération canadienne représentent des « impératifs constitutionnels ». La courtoisie entre États souverains ne constitue pas une obligation dans le même sens, bien qu’elle ne se réduise pas à une simple question de discrétion ou de préférence. Dans l’arrêt *Morguard*, précité, p. 1096, le juge La Forest a adopté la définition de la courtoisie donnée par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), p. 163-164 :

[TRADUCTION] La « courtoisie » au sens juridique n’est ni une question d’obligation absolue d’une part ni de simple politesse et de bonne volonté de l’autre. Mais c’est la reconnaissance qu’une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d’une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois.

L’expression « obligations et [. . .] convenances internationales » ne désigne pas une obligation ayant force exécutoire. Aucune instance judiciaire supranationale ne peut forcer les États souverains à respecter le principe de la courtoisie. Au contraire, des États choisissent de collaborer avec d’autres États par intérêt en ce sens que cela leur convient et par « obligation » en ce sens qu’il est juste et sensé que l’État A, qui s’attend à ce que l’État B reconnaisse ses actes, reconnaisse lui-même les actes de l’État B.

Par ailleurs, une province est constitutionnellement tenue de respecter les limites de son propre pouvoir de se déclarer compétente à l’égard de défendeurs provenant d’une autre province, et de reconnaître la compétence exercée à bon droit par les tribunaux des autres provinces; il s’agit là d’une « obligation absolue » pour les provinces.

167

168

169

is characteristic of our federal state. In *Morguard*, *supra*, this Court acknowledged the shared values of the Canadian justice system which, as we know, fully accepts the relevance and importance of its two great legal systems, common law and civil law. The *Morguard* rule was designed in full awareness that Canada shares two legal systems.

170 A further point is that there are significant factual differences between the international and inter-provincial contexts that should be reflected in the private international law rules applicable to each. These contextual differences are important because the doctrine of comity should be applied in a context-sensitive manner. The ultimate purpose of rules based on the idea of comity is to “facilitate the flow of wealth, skills and people across state lines in a fair and orderly manner” (*Morguard*, *supra*, at p. 1096). How this purpose is best to be achieved depends on the context in which the rules operate.

171 A context-sensitive jurisdiction test ought to take into account the difficulty of defending in a foreign jurisdiction and the possibility that the quality of justice there may not meet Canadian standards. Judgments should travel more easily across provincial borders than across international ones, both because of the relative ease of mobility between the provinces and because of the consistent nationwide standards of the Canadian justice system. When a judgment comes from a foreign country, the logistical difficulties of defending in the originating forum may be much greater, and the foreign legal system may be different from those with which Canadians are familiar. Canada is a single country with a fully integrated economy, but the world is not. In *Morguard*, at p. 1095, this Court rightly emphasized that “[m]odern states . . . cannot live in splendid isolation.” But we still do not live in a borderless global village; our modern world is “home to widely varied cultures with radically divergent value systems” (*Yahoo!*,

Cette obligation reflète l’unité dans la diversité qui caractérise notre État fédéral. Dans l’arrêt *Morguard*, précité, notre Cour a reconnu de cette manière les valeurs communes du système judiciaire canadien qui, comme nous le savons, reconnaît pleinement l’utilité et l’importance des deux grands régimes juridiques de notre pays, la common law et le droit civil. La règle établie dans l’arrêt *Morguard* tient parfaitement compte de l’existence de deux régimes juridiques au Canada.

En outre, les règles de droit international privé respectivement applicables au contexte international et au contexte interprovincial doivent refléter les différences factuelles importantes qui existent entre ces deux contextes. L’importance de ces différences tient au fait que l’application du principe de la courtoisie doit tenir compte du contexte en présence. Les règles fondées sur la notion de courtoisie visent, en fin de compte, à « faciliter la circulation ordonnée et équitable des richesses, des techniques et des personnes d’un pays à l’autre » (*Morguard*, précité, p. 1096-1097). La meilleure façon de réaliser cet objectif dépend du contexte dans lequel s’appliquent les règles.

Un critère de compétence tributaire du contexte doit tenir compte de la difficulté de se défendre dans un ressort étranger et de la possibilité que la qualité de la justice dans ce ressort ne réponde pas aux normes canadiennes. Les jugements doivent traverser les frontières interprovinciales plus facilement que les frontières internationales, tant en raison de la facilité relative de circuler entre les provinces que des normes homogènes du système judiciaire canadien. Lorsqu’un jugement émane d’un pays étranger, il peut se révéler beaucoup plus difficile, sur le plan logistique, de se défendre devant le tribunal qui l’a rendu, sans compter que le régime juridique étranger peut être différent de celui que connaissent les Canadiens et les Canadiennes. Le Canada constitue un seul et même pays doté d’une économie entièrement intégrée, ce qui n’est pas le cas du monde entier. Dans l’arrêt *Morguard*, p. 1095, notre Cour a souligné à juste titre que « [l]es États modernes ne peuvent [. . .] pas vivre dans l’isolement le plus complet. » Toutefois, nous ne vivons

*Inc. v. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 169 F.Supp.2d 1181 (N.D. Cal. 2001), at p. 1186).

In my view, it follows from the contextual and purpose-driven approach adopted in *Morguard* that the rules for recognition and enforcement of foreign-country judgments should be carefully fashioned to reflect the realities of the international context, and calibrated to further to the greatest degree possible, the ultimate objective of facilitating international interactions. This means that the rule should be far more liberal than the categorical approach that was followed before *Morguard* (and most influentially stated in *Emanuel v. Symon*, [1908] 1 K.B. 302 (C.A.)), but by no means does it follow that it should be as liberal as the interprovincial rule.

The traditional rules impeded cross-border commerce by making it difficult for judgment creditors to obtain effective remedies against defendants resident in other countries, thus undermining the security of transactions. But an excessively generous test would be unduly burdensome for defendants and might discourage persons with assets in Canada from entering into transactions that could eventually get them involved in international disputes. This result, too, would frustrate the purpose of private international law. Ideally, the test should represent a balance designed to create the optimum conditions favouring the flow of commodities and services across state lines. In our enthusiasm to advance beyond the parochialism of the past, we should be careful not to overshoot this goal.

I would conclude that the “real and substantial connection” test should apply to foreign-country judgments, but the connections required before such judgments will be enforced should be specified more strictly and in a manner that gives due weight to the protection of Canadian defendants without disregarding the legitimate interests of foreign claimants.

pas encore dans un village planétaire sans frontières; notre monde moderne [TRADUCTION] « comporte des cultures très différentes et des échelles de valeurs fondamentalement divergentes » (*Yahoo!, Inc. c. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 169 F.Supp.2d 1181 (N.D. Cal. 2001), p. 1186).

J'estime que l'approche contextuelle et téléologique adoptée dans l'arrêt *Morguard* commande que les règles applicables en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers reflètent fidèlement les réalités du contexte international et soient le plus possible adaptées à la réalisation de l'objectif final qui est de faciliter les relations internationales. C'est donc dire que la règle applicable doit être beaucoup plus libérale que l'approche par catégorisation suivie avant l'arrêt *Morguard* (et dont l'énoncé le plus influent se trouve dans la décision *Emanuel c. Symon*, [1908] 1 K.B. 302 (C.A.)), mais il ne s'ensuit aucunement qu'elle doit être aussi libérale que la règle interprovinciale.

Les règles traditionnelles gênaient le commerce transfrontalier en rendant difficile pour les créanciers judiciaires d'obtenir une réparation efficace de la part des défendeurs résidant à l'étranger, ce qui avait pour effet de nuire à la sécurité des opérations. Cependant, un critère trop généreux imposerait aux défendeurs un fardeau excessif et serait susceptible de dissuader les propriétaires de biens situés au Canada d'effectuer des opérations susceptibles de les entraîner dans des litiges internationaux. Ce résultat contrecarrerait lui aussi l'objet du droit international privé. Idéalement, le critère devrait représenter une solution de compromis destinée à créer les conditions les plus propices à la circulation des biens et des services d'un pays à l'autre. Dans notre empressement à mettre de côté le chauvinisme du passé, nous devons prendre soin de ne pas dépasser cet objectif.

Je conclurais que le critère du « lien réel et substantiel » doit s'appliquer aux jugements étrangers, mais que les liens nécessaires à l'exécution de ces jugements doivent être précisés davantage de manière à donner à la protection des défendeurs canadiens toute l'importance qu'elle mérite, sans pour autant négliger les intérêts légitimes des

172

173

174

In my view, this approach is consistent with both the flexible nature of international comity as a principle of enlightened self-interest rather than absolute obligation and the practical differences between the international and interprovincial contexts.

### C. *The Nature of the Requisite Connecting Factors*

175 The “real and substantial connection” test is simply a way of asking whether it was appropriate for the originating forum to take jurisdiction over the matter. If the originating court is an appropriate forum, then it is reasonable to expect the defendant to defend his interests there and to live with the consequences if he decides not to do so. Conversely, if it is not reasonable in the circumstances to expect the defendant to go to the originating court, then it was probably not appropriate for it to take jurisdiction. I would also emphasize at the outset that the requirement that the originating court act “with properly restrained jurisdiction” was expressly recognized by La Forest J. as a means of ensuring fairness to the defendant (*Morguard, supra*, at p. 1103).

176 In my view, it is important to take into account the burdens that defending in the foreign forum would impose on a defendant, in order to determine whether it is reasonable to expect the defendant to accept them. Among the factors that affect the onerousness of defending in a foreign forum are the difficulty and expense of travelling there and the juridical disadvantage that the defendant may face as a result of differences between the foreign legal system and our own. In *Morguard, supra*, this Court recognized the unfairness of forcing a plaintiff to bring an action in the place where the defendant now resides, “whatever the inconvenience and costs this may bring” (p. 1103). Correlatively, defendants should not be compelled to defend in the jurisdiction of the plaintiff’s choosing regardless of the inconvenience and expense entailed; all of these factors

demandeurs étrangers. Selon moi, cette approche reste compatible avec la nature souple de la courtoisie internationale en tant que principe d’individualisme constructif et non en tant qu’obligation absolue, et avec les différences concrètes qui existent entre le contexte international et le contexte interprovincial.

### C. *La nature des liens requis*

Le critère du « lien réel et substantiel » correspond simplement à une façon de se demander s’il convenait que le tribunal ayant rendu le jugement dont on demande l’exécution (le « tribunal d’origine ») se déclare compétent en la matière. Si le tribunal d’origine est compétent, il devient alors raisonnable de s’attendre à ce que le défendeur aille y défendre ses intérêts et à ce qu’il subisse les conséquences d’une décision de ne pas le faire. À l’inverse, si, dans les circonstances, il n’est pas raisonnable de s’attendre à ce que le défendeur se présente devant le tribunal d’origine, il ne convenait alors probablement pas que ce tribunal se déclare compétent. Je tiens également à souligner, au départ, que le juge La Forest a expressément reconnu que la condition que le tribunal d’origine agisse « avec retenue dans l’exercice de sa compétence » est un moyen de garantir l’équité envers le défendeur (*Morguard, précité*, p. 1103).

À mon avis, il importe de tenir compte du fardeau que la présentation d’une défense devant le tribunal étranger imposerait au défendeur, afin de déterminer s’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il accepte de s’en acquitter. Parmi les facteurs qui peuvent rendre onéreuse la présentation d’une défense devant un tribunal étranger, on retrouve la difficulté et les dépenses liées à la nécessité de se déplacer, ainsi que le désavantage que le défendeur peut subir sur le plan juridique en raison de différences entre le régime de droit étranger et le nôtre. Dans l’arrêt *Morguard, précité*, notre Cour a reconnu qu’il est injuste de forcer un demandeur à intenter une action dans le ressort où réside présentement le défendeur « quels que soient les inconvénients et le coût que cela puisse entraîner » (p. 1103). Logiquement, les défendeurs ne devraient donc pas être contraints

should be taken into account by the court in arriving at a solution that justly accommodates the legitimate interests of both parties.

One question left open in *Morguard* was exactly what must be connected to the forum to satisfy the “real and substantial connection” test. At various points, La Forest J. refers to “significant contacts with the subject-matter of the action” (p. 1103), “contacts . . . to the defendant or the subject-matter of the suit” (p. 1103), “a nexus . . . between the subject-matter of the action and the territory where the action is brought” (p. 1104), a “connection between the damages suffered and the jurisdiction”, and a “connection with the transaction or the parties” (p. 1108) (see J. Blom, “Conflict of Laws — Enforcement of Extraprovincial Default Judgment — Real and Substantial Connection: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*” (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 733; G. D. Watson and F. Au, “Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from *Morguard*” (2000), 23 *Advocates’ Q.* 167, at p. 200).

The justification for requiring a defendant to go to the foreign forum is generally strongest when there is a link to the defendant. If the defendant has become involved in activities in the jurisdiction, or in activities with foreseeable effects in the jurisdiction, it is hardly reasonable for her to claim that she should be shielded from the process of that jurisdiction’s courts. This reasoning is reflected in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, a case relied on in *Morguard*. In *Moran* it was held that, in a products liability tort case, the place where the victim suffered damages could assume jurisdiction over a foreign defendant manufacturer who knew or ought to have known that the defective product “would be used or consumed where the plaintiff used or consumed it” — i.e., if there was an indirect but substantial connection between the defendant and the forum (*Moran, supra*, at p. 409, cited in *Morguard*, at p. 1106).

à se défendre dans le ressort choisi par le demandeur, sans égard aux inconvénients et aux coûts que cela peut occasionner. Le tribunal devrait ainsi prendre en considération tous ces facteurs afin d’arriver à une solution équitable qui tienne compte des intérêts légitimes des deux parties.

L’arrêt *Morguard* a laissé sans réponse la question de la nature exacte du lien qui doit exister avec le ressort pour que le critère du « lien réel et substantiel » soit respecté. À différentes occasions, le juge La Forest parle du ressort « qui avait [. . .] des liens substantiels avec [l’objet de l’action] » (p. 1103), « du lien [. . .] avec le défendeur ou l’objet de l’action » (p. 1103), du « lien entre l’objet de l’action et le ressort où l’action est intentée » (p. 1104), du « lien [. . .] entre le préjudice subi et le ressort » et du « lien avec l’opération ou les parties » (p. 1108) (voir J. Blom, « Conflict of Laws — Enforcement of Extraprovincial Default Judgment — Real and Substantial Connection: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* » (1991), 70 *R. du B. can.* 733; G. D. Watson et F. Au, « Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Advocates’ Q.* 167, p. 200).

En général, l’existence d’un lien avec le défendeur est la meilleure raison de l’obliger à se présenter devant le tribunal étranger. Le défendeur qui a participé à des activités dans le ressort concerné ou à des activités qui ont des effets prévisibles dans ce dernier ne saurait raisonnablement prétendre qu’il doit être soustrait à la compétence de ses tribunaux. L’arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, invoqué dans *Morguard*, illustre ce raisonnement. La Cour y a décidé que, dans une affaire de responsabilité délictuelle du fabricant, le tribunal de l’endroit où la victime avait subi un préjudice pouvait se déclarer compétent à l’égard d’un fabricant défendeur étranger qui savait ou aurait dû savoir que le produit défectueux « serait utilisé ou consommé à l’endroit où le demandeur l’a effectivement utilisé ou consommé » — c’est-à-dire s’il existait un lien indirect mais substantiel entre le défendeur et le ressort en question (*Moran, précité*, p. 409, cité dans *Morguard*, p. 1106).

177

178

179

But there may be good reasons why jurisdiction should be recognized even where there is little or no connection to the defendant, particularly when other considerations, such as fairness to the plaintiff and the importance of administering the justice system in an efficient manner, are taken into account along with the interests of the defendant. It is not unusual for cross-border litigation to arise out of complex transactions involving a number of parties with connections to several jurisdictions. Watson and Au, *supra*, point out, at p. 200, that when litigation involves “multiple defendants in different jurisdictions, insisting on a substantial connection between each defendant and the forum can lead to a multiplicity of actions and inconsistent findings”. In such circumstances, a test that recognizes jurisdiction based on a connection to the subject matter of the action seems better suited to identifying whether the forum is a reasonable place for the action to be heard.

180

Moreover, the Canadian Constitution does not mandate that the jurisdiction test provide a minimum level of procedural protection to the defendant, regardless of other factors (see Watson and Au, *supra*, at p. 180). In this respect, Canada’s Constitution can be contrasted with that of the United States. In the U.S., defendants are protected by the due process clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments, which expressly provide that a person cannot be deprived of property without due process of law. Because the defendant in a civil case stands to be deprived of property by an adverse judgment, the court’s jurisdiction will not be recognized unless it accords with the defendant’s due process rights — a requirement which has been interpreted to mean that there must be certain minimum connections between the defendant and the forum. By contrast, in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, due process is enshrined in s. 7, which protects “life, liberty and security of the person”, but not property rights. As a general rule, the defendant’s life, liberty and security of the person are unaffected by the outcome of civil litigation. In Canada, therefore, the defendant’s individual constitutional rights are not the starting point for jurisdictional analysis as they are in the U.S. — nor, indeed,

De bonnes raisons de reconnaître la compétence peuvent se présenter même dans le cas où il existe peu de liens, voire aucun, avec le défendeur, en particulier lorsque d’autres facteurs, telles l’équité envers le demandeur et l’importance de gérer efficacement le système judiciaire, sont pris en compte en même temps que les intérêts du défendeur. Un litige transfrontalier résulte souvent d’opérations complexes mettant en cause un certain nombre de parties ayant des liens avec plusieurs ressorts. Watson et Au, *loc. cit.*, p. 200, soulignent que, dans le cas où un litige met en cause [TRADUCTION] « maints défendeurs dans différents ressorts, l’exigence d’un lien substantiel entre chaque défendeur et le ressort en question peut contribuer à multiplier les actions et mener ainsi à des conclusions contradictoires ». En pareil cas, le critère qui reconnaît la compétence fondée sur l’existence d’un lien avec l’objet de l’action semble mieux répondre à la question de savoir si le ressort en question est un endroit raisonnable pour instruire l’action.

En outre, la Constitution canadienne n’exige pas que le critère de compétence assure au défendeur un minimum de protection procédurale indépendamment des autres facteurs (voir Watson et Au, *loc. cit.*, p. 180). À cet égard, la Constitution canadienne peut se comparer à celle des États-Unis. Aux États-Unis, les défendeurs sont protégés par les dispositions des cinquième et quatorzième amendements relatives à l’application régulière de la loi, qui prévoient expressément que nul ne peut être privé de ses biens sans application régulière de la loi. Étant donné qu’en matière civile le défendeur risque d’être privé d’un bien à la suite d’un jugement défavorable, la compétence du tribunal ne sera reconnue que si elle respecte les droits du défendeur à l’application régulière de la loi — une exigence interprétée comme signifiant qu’il doit exister au moins certains liens entre le défendeur et le ressort en question. Par contre, dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit à l’application régulière de la loi est consacré à l’art. 7 qui garantit le droit de chacun « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », mais non le droit de propriété. En général, l’issue d’un litige civil n’a aucune incidence sur la vie, la liberté et la sécurité du défendeur. Par conséquent, au Canada, les droits constitutionnels qu’un

would s. 7 rights usually be relevant to jurisdictional issues in civil disputes, although it is possible that there may be situations where fundamental interests of the defendant are implicated and s. 7 could come into play.

A broad interpretation of the “real and substantial connection” test, whereby the test may be satisfied even in the absence of a connection to the defendant, seems appropriate given both our constitutional arrangements and the ultimate objective of facilitating the flow of goods and services across borders. Jurisdiction should be acknowledged as proper where the forum was a reasonable place to hear the action, taking into account all the circumstances, including judicial efficiency and the legitimate interests of both parties. At the same time, it should not be forgotten that the jurisdiction test is a safeguard of fairness to the defendant.

The test should ensure that, considering the totality of the connections between the forum and all aspects of the action, it is not unfair to expect the defendant to litigate in that forum. It does not follow that there necessarily has to be a connection between the defendant and the forum. There are situations where, given the other connections between the forum and the proceeding, it is a reasonable place for the action to be heard and the defendant can fairly be expected to go there even though he personally has no link at all to that jurisdiction.

*D. Balancing Hardship to the Defendant Against the Strength of the Connections*

The approach outlined above suggests that when a court is asked to recognize and enforce a foreign judgment, and questions whether the originating court’s jurisdiction was properly restrained, it should inquire into the connections between the forum and all aspects of the action, on the one hand, and the hardship that litigation in the foreign forum would impose on the defendant, on the other. The

défendeur possède à titre individuel ne servent pas de point de départ à une analyse de la compétence, contrairement à la situation aux États-Unis, — en fait, pas plus que les droits garantis par l’art. 7 sont généralement pertinents relativement aux questions de compétence soulevées en matière civile, quoiqu’il puisse survenir des cas où les intérêts fondamentaux du défendeur sont en cause et où l’art. 7 entre alors en jeu.

Une interprétation large du critère du « lien réel et substantiel », qui permet de satisfaire au critère même en l’absence d’un lien avec le défendeur, semble appropriée compte tenu de nos arrangements constitutionnels et de l’objectif final qui est de faciliter la circulation transfrontalière des biens et des services. On doit alors reconnaître la compétence d’un ressort, lorsque celui-ci est un endroit raisonnable pour instruire l’action, compte tenu de l’ensemble des circonstances, notamment de l’efficacité du système judiciaire et des intérêts légitimes des deux parties. En même temps, il ne faut pas oublier que le critère de compétence demeure une garantie d’équité envers le défendeur.

Ce critère devrait contribuer à assurer que, compte tenu de l’ensemble des liens entre le ressort et tous les aspects de l’action, il n’est pas déraisonnable de s’attendre à ce que le défendeur y plaide. Il ne s’ensuit pas nécessairement qu’un lien doit rattacher le défendeur au ressort. En effet, il arrive qu’en raison de ses autres liens avec l’instance, le ressort soit un endroit raisonnable pour instruire l’action et que l’on puisse alors raisonnablement s’attendre à ce que le défendeur s’y rende même si, personnellement, il n’a absolument aucun lien avec ce ressort.

*D. L’évaluation des difficultés causées au défendeur en fonction de la solidité des liens qui existent*

Selon l’approche exposée ci-haut, le tribunal saisi d’une demande de reconnaissance et d’exécution d’un jugement étranger, qui se demande si le tribunal d’origine a agi avec retenue dans l’exercice de sa compétence, doit examiner les liens qui existent entre le ressort et tous les aspects de l’action, d’une part, et les difficultés que causerait au défendeur un procès dans le ressort étranger, d’autre part. Il s’agit

181

182

183

question is how real and how substantial a connection has to be to support the conclusion that the originating court was a reasonable place for the action to be heard. The answer is that the connection must be strong enough to make it reasonable for the defendant to be expected to litigate there even though that may entail additional expense, inconvenience and risk. If litigating in the foreign jurisdiction is very burdensome to the defendant, a stronger degree of connection would be required before the originating court's assumption of jurisdiction should be recognized as fair and appropriate.

184 In some respects, this formulation of the jurisdiction test might overlap with the doctrine of *forum non conveniens*, although it is not exactly the same. Certain considerations, such as juridical disadvantage to a defendant required to litigate in the foreign forum, are relevant to both inquiries. When the issue is jurisdiction, however, the court should restrict itself to asking whether the forum was a reasonable place for the action to be heard, and should not inquire into whether another place would have been more reasonable.

185 There is an important difference between the inquiry conducted by a court assuming jurisdiction at the outset of the action and the test applied by a court asked to recognize and enforce a judgment at the end. In the former case, two steps are involved: the court must first determine that it has a basis for jurisdiction, and if it does it must go on to decide whether it should nevertheless decline to exercise that jurisdiction because another forum is clearly more appropriate for the hearing of the action. In the latter case of a receiving court, only the first step in this inquiry is relevant. Provided that the originating court had a reasonable basis for jurisdiction, the defendant had its chance to appear there and argue *forum non conveniens*, and cannot question the originating court's decision on that issue in the receiving court.

de déterminer à quel point le lien doit être réel et substantiel pour que l'on puisse conclure que le tribunal d'origine était un endroit raisonnable pour instruire l'action. La réponse est que le lien doit être assez solide pour que l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce que le défendeur aille plaider devant ce tribunal malgré les dépenses supplémentaires, les inconvénients et le risque que cela peut lui occasionner. Dans le cas où il deviendrait très onéreux pour le défendeur de plaider dans le ressort étranger, la reconnaissance du caractère juste et approprié de la déclaration de compétence du tribunal d'origine exige la démonstration de l'existence d'un lien plus solide.

À certains égards, cette formulation du critère de compétence est susceptible de recouper le principe du *forum non conveniens*, bien qu'elle ne coïncide pas exactement avec la teneur de celui-ci. Certains facteurs, comme le désavantage juridique dont est l'objet le défendeur tenu de plaider dans le ressort étranger, sont pertinents dans les deux cas. Toutefois, lorsque la compétence est en cause, le tribunal doit se demander uniquement si le ressort en question représente un endroit raisonnable pour instruire l'action et non s'il aurait été plus raisonnable de l'instruire ailleurs.

Il existe une différence importante entre la recherche que le tribunal d'origine effectue pour se déclarer compétent au début de l'action, et le critère qu'applique, à la fin, le tribunal saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution du jugement rendu (le « tribunal saisi »). Dans le premier cas, la recherche comporte deux étapes : le tribunal doit commencer par se demander s'il a une raison de se déclarer compétent et, dans l'affirmative, il doit ensuite décider s'il y a néanmoins lieu de refuser de l'exercer parce qu'un autre tribunal est manifestement plus compétent pour instruire l'action. Dans le cas du tribunal saisi, seule la première étape s'avère pertinente. Pour autant que le tribunal d'origine ait eu un motif raisonnable de se déclarer compétent, le défendeur — qui avait la possibilité de comparaître devant lui et d'invoquer le principe du *forum non conveniens* — ne peut pas contester devant le tribunal saisi la décision rendue à ce sujet par le tribunal d'origine.



Nevertheless, the receiving court is not bound to agree with the originating court's opinion that it had a reasonable basis on which to assume jurisdiction. If the connections to the originating forum are tenuous or greatly outweighed by the hardship imposed on the defendant forced to litigate there, the receiving court may conclude that it was not even a reasonable place for the action to be heard. It is no good to say that the defendant should have raised the question of hardship by arguing *forum non conveniens* before the foreign court. If it is unfair to expect the defendant to litigate on the merits in the foreign jurisdiction, it is probably unfair to expect the defendant to appear there to argue *forum non conveniens*.

E. *The Application of the Test in the Canadian and International Contexts*

A test which balances hardship to the defendant (with due regard to the interests of the plaintiff) against the factors connecting the action to the forum — including links to either party or any other aspect of the action — leads to a very generous approach to the recognition and enforcement of judgments originating in other Canadian provinces. The reason for this is that the hardship imposed on a defendant who has to appear in another province within the Canadian federation will generally be minimal and will usually be outweighed by a genuine connection between the forum and the defendant, the subject-matter of the action or the damages suffered — all of which are invoked as bases of jurisdiction in provincial service *ex juris* statutes and in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, and each of which, as I noted in *Spar, supra*, at para. 56, appears to be an example of a real and substantial connection.

Litigation outside the defendant's home forum may entail a number of burdens, which vary depending on the context. Those burdens potentially include the expense and inconvenience of

Néanmoins, le tribunal saisi n'est pas tenu de souscrire à l'opinion du tribunal d'origine selon laquelle il avait un motif raisonnable de se déclarer compétent. Si les liens avec le tribunal d'origine sont ténus ou largement dépassés par l'importance des difficultés que connaît le défendeur forcé de plaider devant lui, le tribunal saisi peut conclure qu'il ne s'agissait même pas d'un endroit raisonnable pour instruire l'action. On ne saurait se contenter d'affirmer que le défendeur aurait dû soulever la question des difficultés en invoquant le principe du *forum non conveniens* devant le tribunal étranger. S'il est déraisonnable de s'attendre à ce que le défendeur plaide sur le fond dans le ressort étranger, il demeure probablement tout aussi déraisonnable de s'attendre à ce qu'il aille y invoquer le principe du *forum non conveniens*.

E. *Application du critère dans les contextes canadien et international*

Un critère consistant à soupeser les difficultés du défendeur (en tenant dûment compte des intérêts du demandeur) en fonction des facteurs qui rattachent l'action au ressort — y compris les liens avec l'une ou l'autre des parties ou avec tout autre aspect de l'action — mène à une approche très libérale en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements émanant d'autres provinces canadiennes. Un tel résultat s'explique par le fait que les difficultés que connaît le défendeur tenu de comparaître dans une autre province de la fédération canadienne se révèlent généralement minimales et habituellement plus que compensées par l'existence d'un lien véritable entre le ressort et le défendeur, l'objet de l'action ou le préjudice subi. Un tel lien justifie, dans chaque cas, une déclaration de compétence selon les lois provinciales relatives à la signification *ex juris* et selon le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, et, comme je l'ai noté dans l'arrêt *Spar*, précité, par. 56, paraît constituer un exemple de lien réel et substantiel.

Un litige à l'extérieur du ressort du défendeur peut imposer à celui-ci un certain nombre de fardeaux variant en fonction du contexte. Ces fardeaux peuvent comprendre les dépenses et les

186

187

188

travelling, the need to obtain legal advice in the foreign jurisdiction, the perils of navigating an unfamiliar legal system whose substantive and procedural rules may be quite different from those that apply in the defendant's home jurisdiction, and even the possibility that the foreign court may be biased against foreign defendants or generally corrupt.

189 Within Canada, most of these problems do not arise. It is true that physical distances within this country can be significant, and the expense and inconvenience to a defendant in Newfoundland who is required to litigate in British Columbia, for example, would not be inconsiderable. As a rule, however, the distances involved are manageable for citizens of a modern country with an efficient transportation infrastructure. In any event, it may not be necessary for the defendant to go to the jurisdiction in person. Given the relative ease of travel and communications today, it is usually not an extraordinary burden to litigate in another Canadian province.

190 More importantly, there is very little concern that the defendant will be at a disadvantage because she is not familiar with the legal system in the other province, and still less that the legal systems applied in Canada will actually treat her unfairly. As La Forest J. pointed out in *Morguard*, *supra*, there can be no genuine concern about "differential quality of justice among the provinces" (p. 1100). Indeed, *Morguard* establishes that the Canadian justice system should be understood as an integrated whole. Differences exist in both procedural and substantive matters, but the same basic values apply across the country, and our judicial system is basically unitary. Excessive discrepancies between the provinces will tend to become harmonized under the guidance of the federally appointed judiciary and the overall superintending authority of the Supreme Court of Canada. Furthermore, interprovincial law firms have become commonplace and lawyers across the country

inconvenients liés à la nécessité de se déplacer, la nécessité d'obtenir des conseils juridiques dans le ressort étranger, les risques liés à la nécessité de se débrouiller dans un régime juridique que l'on connaît mal et dont les règles substantielles et procédurales peuvent être fort différentes de celles qui s'appliquent dans le ressort du défendeur, et même la possibilité que le tribunal étranger conserve un parti pris contre les défendeurs étrangers ou qu'il soit généralement corrompu.

Au Canada, la plupart de ces problèmes ne se posent pas. Certes, dans notre pays, les distances à parcourir peuvent être grandes et les dépenses et les inconvenients occasionnés, par exemple, au défendeur de Terre-Neuve appelé à aller plaider en Colombie-Britannique ne seraient pas négligeables. En règle générale, toutefois, les distances en cause sont surmontables pour les citoyens d'un pays moderne doté d'une infrastructure de transport efficace. Quoi qu'il en soit, il se peut que le défendeur n'ait pas à se rendre personnellement dans le ressort en question. Vu la facilité relative avec laquelle il est possible de se déplacer et de communiquer de nos jours, l'obligation de plaider dans une autre province canadienne ne constitue généralement pas un fardeau démesuré.

Qui plus est, on se préoccupe très peu de la possibilité que le défendeur soit désavantagé par sa mauvaise connaissance du régime juridique de l'autre province, et encore moins de celle que les régimes juridiques en vigueur au Canada lui réservent un traitement inéquitable. Comme le juge La Forest l'a souligné dans l'arrêt *Morguard*, précité, p. 1100, toute crainte de « différence de qualité de justice d'une province à l'autre » ne saurait être vraiment fondée. En fait, l'arrêt *Morguard* établit que le système judiciaire canadien doit être perçu comme un tout. Il existe des différences sur les plans de la procédure et du fond, mais les mêmes valeurs fondamentales s'appliquent partout au pays, et notre système judiciaire est essentiellement unitaire. Les juges nommés par le gouvernement fédéral et le pouvoir général de surveillance de la Cour suprême du Canada contribuent à aplanir les disparités démesurées qui peuvent exister d'une province à l'autre. En outre, les cabinets d'avocats multiprovinciaux

are required to abide by the same ethical standards (*Morguard*, at p. 1100).

It follows that the assumption of jurisdiction by a sister province, provided that it does not exceed the province's constitutional authority over property, civil rights and the administration of justice in the province and is not prompted by unfair forum-shopping tactics on the plaintiff's part, should be entitled to full recognition and enforcement throughout Canada. A connection to the subject matter of the action should usually suffice to meet the "real and substantial connection" test.

Exceptions may arise in cases where litigation away from home would involve travel of a particularly arduous nature for the defendant (which might arise, for example, where the defendant resides in the far north) and, at the same time, the connections to the forum are not especially strong (an example might be a case where all the facts giving rise to the cause of action took place outside the jurisdiction and the only connection is that the plaintiff has suffered damages there). Absent such exceptional circumstances, grounds such as a wrong committed in the jurisdiction or damages suffered there would probably support the assumption of jurisdiction by the province in accordance with the requirements of order and fairness.

A judgment which comes to a Canadian court from beyond our international borders is another matter altogether. The distances involved and the difficulty of travelling can be considerably greater when litigation is in a foreign country, and a Canadian defendant faced with a lawsuit outside this country will have to deal with an unfamiliar, and in some cases a very different, legal system.

In extreme cases, the foreign legal system itself may be inherently unfair. It is an unfortunate fact that not every country's courts are free of official corruption or systemic bias. In my opinion, it is to this possibility that La Forest J. alluded when he specified that "fairness to the defendant requires that the judgment be issued by a court acting through fair

sont désormais un phénomène courant et les mêmes normes de déontologie s'appliquent à tous les avocats exerçant au Canada (*Morguard*, p. 1100).

Il y a donc lieu de reconnaître la déclaration de compétence d'une autre province et de lui donner pleinement effet partout au Canada, pourvu qu'elle n'exécède pas les pouvoirs que la Constitution attribue à cette province relativement à la propriété, aux droits civils et à l'administration de la justice sur son territoire, et qu'elle ne résulte pas d'une stratégie de recherche du tribunal le plus favorable adoptée par le défendeur. Un lien avec l'objet de l'action devrait normalement suffire pour assurer le respect du critère du « lien réel et substantiel ».

Des exceptions à ce principe peuvent survenir dans les cas où, pour aller plaider loin de chez lui, le défendeur devrait effectuer un déplacement particulièrement pénible (ce qui serait notamment le cas d'un résidant du Grand Nord) et où, en même temps, les liens avec le ressort ne sont pas très solides (lorsque, par exemple, tous les faits à l'origine de la cause d'action sont survenus en dehors du ressort et où le seul lien qui existe tient au fait que le demandeur y a subi un préjudice). En dehors de ces circonstances exceptionnelles, des motifs tels que la faute commise dans le ressort où le préjudice a été subi permettraient vraisemblablement à la province de se déclarer compétente, tout en respectant les exigences d'ordre et d'équité.

Il en va tout autrement lorsqu'un tribunal canadien est saisi d'un jugement rendu à l'étranger. Les distances à parcourir et la difficulté de se déplacer peuvent être beaucoup plus grandes dans le cas d'un litige à l'étranger, et le défendeur canadien qui fait l'objet de poursuites intentées à l'extérieur du Canada se voit alors confronté avec un régime juridique qu'il connaît mal et qui, dans certains cas, est fort différent.

Dans les pires cas, il se peut que le régime juridique étranger lui-même soit foncièrement inéquitable. Malheureusement, les tribunaux qui existent dans le monde ne soient pas tous exempts de corruption officielle ou de partialité systémique. À mon avis, le juge La Forest faisait allusion à cette possibilité lorsqu'il a précisé que « l'équité envers

191

192

193

194

process and with properly restrained jurisdiction” (*Morguard*, at p. 1103 (emphasis added)). If the process that led to the judgment was unfair in itself, it is not fair to the defendant to enforce that judgment in any circumstance, even if the forum has very strong connections to the action and appears in every other respect to be the natural place for the action to be heard.

195 It should therefore be part of the plaintiff’s burden in establishing a *prima facie* case of enforceability to prove that the system from which the judgment came is basically fair. When the originating jurisdiction is another democratic country with fair institutions, this burden will be easily met and may call for nothing more than reliance on judicial notice that the judgment emanates from a legitimate and respected legal system.

196 A less troubling but more common situation arises when there is nothing inherently wrong with the foreign legal system, but it is different enough from ours that a Canadian defendant may encounter considerable difficulties understanding her rights and obligations and the steps she needs to take to defend herself. To take a simple example, a defendant from a Canadian common law province may find a civilian system such as that of France or Germany quite unfamiliar. Continental legal systems are, of course, just as fair and sophisticated as the legal system of Ontario. The fact remains that an Ontario defendant who is used to a very different system may suffer prejudice as a result of the foreign system’s unfamiliarity. Such a defendant cannot hope to protect herself unless she retains local counsel who can both negotiate the process on her behalf and explain it to her in a language she knows. It is not a simple thing to find trustworthy, competent, bilingual counsel in a foreign country; nor is it cheap. The plaintiff, who chose the forum, will presumably not face these difficulties, and therefore the parties will not be on a level playing field. (Conversely, the plaintiff would face the same kind of disadvantage if required to come to Ontario to pursue his case; it is

le défendeur exige que le jugement soit rendu par un tribunal qui agit avec équité et avec retenue dans l’exercice de sa compétence » (*Morguard*, p. 1103 (je souligne)). Lorsque la procédure suivie pour rendre le jugement en cause était inéquitable en soi, il devient alors injuste d’imposer au défendeur l’exécution du jugement dans tous les cas, même si des liens très solides rattachent l’action au ressort et si ce dernier paraît être, à tous autres égards, l’endroit logique pour l’instruction de l’instance.

Donc, en s’acquittant de l’obligation d’établir une preuve *prima facie* de la force exécutoire, le demandeur doit notamment démontrer le caractère foncièrement équitable du régime juridique d’où émane cette décision. Lorsque le ressort d’origine est un autre pays démocratique doté d’institutions équitables, cette obligation s’exécute facilement et peut simplement se réduire à une reconnaissance d’office que le jugement provient d’un régime juridique légitime et respecté.

Il survient des situations moins préoccupantes, mais plus fréquentes, où le régime juridique étranger n’a rien de foncièrement mauvais, mais diffère suffisamment du nôtre pour qu’un défendeur canadien éprouve des difficultés considérables à comprendre la nature de ses droits et obligations et celle des mesures qu’il doit prendre pour se défendre. Par exemple, il se peut qu’un défendeur provenant d’une province de common law canadienne connaisse très mal un régime de droit civil comme celui de la France ou de l’Allemagne. Les régimes juridiques européens sont, bien sûr, aussi équitables et perfectionnés que le régime juridique de l’Ontario. Il reste qu’un défendeur ontarien, habitué à un régime très différent, peut subir un préjudice en raison de sa mauvaise connaissance du régime étranger. Ce défendeur ne peut espérer se défendre qu’en retenant les services d’un avocat de l’endroit qui pourra négocier la procédure en son nom et la lui expliquer dans des mots qu’il connaît. Trouver un avocat bilingue, compétent et fiable dans un pays étranger exige des efforts souvent importants et des dépenses considérables. Le demandeur, qui a choisi le ressort, ne connaîtra vraisemblablement pas ces

in the nature of international litigation that one party or the other must accept the hardship of litigation in a foreign jurisdiction. The touchstone for an enforcing court in reaching a fair decision as to which of them should bear this burden is the strength of the connections between the action and the originating jurisdiction.)

Even legal systems that are relatively similar to Canada's can differ from our system significantly, and in ways that affect a Canadian defendant's ability to make his case effectively and to understand the strengths and weaknesses of his position. The common law system in the United States remains very close in many respects to that of Canada. Yet this action itself provides numerous examples of substantive and procedural differences between the legal system in Florida and that of Ontario which created unforeseen perils for the Ontario defendants. Those differences include the following:

- Discovery in Florida is even broader in scope than it is in Ontario, and some of the functions of pleadings in Ontario are left to the discovery process. The record in this case indicates that it is standard practice for pleadings to disclose no more than a rough outline of the plaintiff's claim and for the defendant to find out the specifics through discovery. Thus, the Amended Complaint did not set out the amount of damages claimed, but simply stated a minimum amount necessary to support the monetary jurisdiction of the Circuit Court. The expert witness, Mr. Groner, testified that the Ontario defendants were expected to ascertain the actual amount being sought through the discovery process. This would, of course, involve expense and would probably necessitate retaining local counsel in Florida.

difficultés, d'où l'inégalité des chances entre les parties. (À l'inverse, le demandeur serait désavantagé de la même façon s'il devait intenter son action en Ontario; il est normal, dans un litige international, que l'une ou l'autre des parties doive accepter les difficultés liées à un procès dans un ressort étranger. La solidité des liens entre l'action et le ressort d'origine constitue alors le critère qui permet au tribunal saisi de décider de manière équitable à qui doit incomber ce fardeau.)

Même les régimes juridiques relativement semblables à celui du Canada peuvent différer considérablement de celui-ci, et ce, à tel point que la capacité d'un défendeur canadien d'exposer efficacement son point de vue et de comprendre les forces et les faiblesses de sa position peut s'en ressentir. Le régime de common law américain reste, à bien des égards, très proche de celui du Canada. Pourtant, l'action même dont il est question en l'espèce illustre abondamment les différences substantielles et procédurales qui existent entre le régime juridique de la Floride et celui de l'Ontario, et qui ont créé des risques que les défendeurs ontariens ne pouvaient pas prévoir. Ces différences sont notamment les suivantes :

- En Floride, l'interrogatoire préalable a une portée encore plus large qu'en Ontario, et certaines fonctions des actes de procédure en Ontario relèvent du processus d'interrogatoire préalable. D'après le dossier en l'espèce, il est normal que les actes de procédure n'exposent rien de plus que les grandes lignes de la demande du demandeur et qu'il revienne au défendeur d'en découvrir les détails lors de l'interrogatoire préalable. Ainsi, la plainte modifiée ne précisait pas le montant des dommages-intérêts réclamés, mais faisait seulement état du montant minimum nécessaire pour que la Cour de circuit ait compétence. Le témoin expert, M<sup>e</sup> Groner, a affirmé que l'on s'attendait à ce que les défendeurs ontariens s'enquissent du véritable montant réclamé lors de l'interrogatoire préalable. Cela leur occasionnerait évidemment des dépenses et les obligerait vraisemblablement à retenir les services d'un avocat de la Floride.

- Under Florida’s procedural rules, the defence filed by the appellants ceased to have any effect once a new version of the Amended Complaint was filed, in spite of the fact that the allegations concerning the appellants were unchanged and the lack of any notification to the appellants that they were supposed to file a new defence.

– Even in cases where significant sums of money are at stake, transcripts are not produced in the Florida courts as a matter of course, but at the option and expense of the litigants. In a default case, this effectively means the plaintiff has complete control over whether there will be a record of what is said in the proceedings.

– Punitive damages appear to be available in a wider range of cases and in much larger amounts under Florida law than they are under Ontario law. An Ontario defendant sued in Florida may therefore be at risk of a far higher damage award than would be contemplated in Ontario.
- Selon les règles de procédure de la Floride, la défense produite par les appelants cessait d’avoir effet dès le dépôt d’une autre version de la plainte modifiée, en dépit du maintien intégral des allégations concernant les appelants et du fait que les appelants n’avaient pas été avisés qu’ils étaient censés produire une nouvelle défense.

– Même dans les cas où d’importantes sommes d’argent sont en jeu, on ne procède pas systématiquement à la transcription des débats devant les tribunaux de la Floride; cependant, la transcription peut être effectuée au choix et aux frais des parties au litige. Dans le cas d’une instance par défaut, cela signifie, en fait, que le demandeur décide seul de faire transcrire ou non les débats.

– Les tribunaux semblent pouvoir accorder des dommages-intérêts punitifs dans un plus grand nombre de cas et pour des montants beaucoup plus élevés en Floride qu’en Ontario. Un défendeur ontarien poursuivi en Floride risque donc de devoir verser des dommages-intérêts beaucoup plus élevés que ce à quoi il pourrait s’attendre en Ontario.

198

These differences illustrate that for an Ontario defendant, litigation in Florida entails greater hardship and risk than litigation in another Canadian province — and of all ‘truly foreign’ jurisdictions, Florida, which is not very far away and has a legal system essentially similar to Ontario’s, is one of the least foreign. In my opinion, therefore, fairness to defendants requires a stronger degree of connection to support Florida’s assumption of jurisdiction than would be the case if the originating court were in a sister province. Furthermore, if the judgment had originated from a more ‘foreign’ jurisdiction which involved greater difficulties for the defendant, the requisite degree of connection would be even higher.

Ces différences montrent que, pour un défendeur ontarien, un litige en Floride comporte des difficultés et des risques beaucoup plus grands qu’un litige dans une autre province canadienne — et de tous les ressorts « véritablement étrangers », la Floride, qui n’est pas située très loin et dont le régime juridique s’apparente, pour l’essentiel, à celui de l’Ontario, est l’un des moins étrangers. J’estime donc que l’équité envers les défendeurs exige que le lien nécessaire à une déclaration de compétence en Floride soit plus fort que si le tribunal d’origine était situé dans une autre province canadienne. En outre, le lien requis devrait être encore plus solide lorsque le fait que le jugement émane d’un ressort plus « étranger » entraîne de plus grandes difficultés pour le défendeur.

199

In this case, the jurisdictional point is easily dealt with, not only because of the appellants’ concession, but also because there were very strong connections between Florida and every component of

En l’espèce, la question de la compétence se résout facilement en raison non seulement de la concession des appelants, mais encore de l’existence de liens très solides entre la Floride et chaque élément

the action: the plaintiffs, who live there; the land, which is in Florida; and the defendants, who involved themselves in real estate transactions there. Florida was the natural place for the action to be heard. If the connections were less robust, however, the conclusion might be different. For example, in a case where the only connection to Florida is that the plaintiffs are Florida residents and suffer damages there, it would, as a rule, be unfair to Canadian defendants to expect them to face the expense and risks of litigation in Florida.

F. *Should the Test for Jurisdiction Be Based on "Reciprocity"?*

It follows from the propositions set out above that I do not agree with the majority that the notion of "interprovincial reciprocity" is "equally applicable to judgments made by courts outside Canada" (Major J., at para. 29). The argument is that if the circumstances are such that an Ontario court could reasonably take jurisdiction based on equivalent connecting factors to Ontario, then the Ontario court should recognize the jurisdiction of the foreign court. Although there is some initial appeal to this idea, ultimately I do not agree with it. Its effect is to treat a judgment from a foreign country exactly like one that originates within Canada. This approach, in my view, fails to take into account the very real differences between the interprovincial and international contexts.

A few preliminary words should be said about the concept of "reciprocity". Some ambiguity is associated with this term. It is sometimes used to refer to the idea that State A should recognize the jurisdiction of State B's courts if State B would do the same for State A in the same circumstances. On the other hand, "reciprocity" sometimes refers to the quite different notion (invoked by the majority here) that State A should recognize the jurisdiction of State B if State A would have assumed jurisdiction in the same circumstances (see *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13th ed. 2000), vol. 1, at p. 501). Blom has suggested that the latter approach is more properly one of "equivalence of

de l'action : les demandeurs y vivent, le terrain y est situé et les défendeurs y ont effectué des opérations immobilières. La Floride était ainsi l'endroit logique pour l'instruction de l'action. Cependant, la conclusion pourrait différer en présence de liens moins solides. Par exemple, si le seul facteur de rattachement avec la Floride se résumait au fait que les demandeurs résident dans cet État et y ont subi un préjudice, il serait généralement déraisonnable de s'attendre à ce que les défendeurs canadiens aillent plaider dans cet endroit malgré les dépenses et les risques que cela occasionnerait.

F. *Le critère de compétence doit-il être fondé sur la « réciprocité »?*

Il découle des propositions énoncées plus haut que je ne partage pas l'opinion des juges majoritaires selon laquelle la notion de « réciprocité interprovinciale » « s'applique tout autant aux jugements rendus à l'extérieur du Canada » (le juge Major, par. 29). Celui-ci affirme que, dans le cas où un tribunal ontarien pourrait raisonnablement se déclarer compétent à cause de l'existence de liens équivalents avec l'Ontario, le tribunal ontarien devrait alors reconnaître la compétence du tribunal étranger. Bien qu'elle présente quelque attrait au départ, je ne souscris pas à cette idée en définitive. Elle a pour effet de traiter un jugement émanant d'un pays étranger exactement sur le même pied qu'un jugement rendu au Canada. Selon moi, cette approche ne tient pas compte des différences très réelles qui existent entre les contextes interprovincial et international.

Il importe, au départ, d'ajouter quelques observations au sujet de la notion de « réciprocité ». Ce terme demeure en partie ambigu. Il sert parfois à rendre l'idée que l'État A doit reconnaître la compétence des tribunaux de l'État B dans le cas où, dans des circonstances analogues, l'État B ferait la même chose pour l'État A. Par contre, la « réciprocité » sert parfois à transposer l'idée très différente (évoquée par les juges majoritaires en l'espèce) que l'État A doit reconnaître la compétence de l'État B dans le cas où, dans les mêmes circonstances, l'État A se serait déclaré compétent (voir *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13<sup>e</sup> éd. 2000), vol. 1, p. 501). Le professeur Blom a laissé

200

201

jurisdiction” rather than “reciprocity” (Blom, *supra*, at p. 735).

202 I would note that in *Morguard, supra*, La Forest J. rejected reciprocity in the latter sense (equivalence of jurisdiction) as the basis for a new jurisdiction test in the interprovincial context, and also questioned its usefulness on the international plane (see *Morguard*, at p. 1104; Blom, *supra*, at p. 735). Instead, he espoused an approach whereby the assumption of jurisdiction by a court in a province would be governed by the same principles of order and fairness that guide a court in another province when it determines whether to recognize the first court’s jurisdiction. Within Canada, the bases for assuming jurisdiction and the bases for recognizing it should be correlative; as La Forest J. pointed out, “[i]f it is fair and reasonable for the courts of one province to exercise jurisdiction over a subject-matter, it should as a general principle be reasonable for the courts of another province to enforce the resultant judgment” (p. 1094). The logic underlying this statement is not that the forum should recognize a jurisdiction that it claims for itself, but rather that the same principles define when it is reasonable to assume jurisdiction and when it is reasonable to recognize it.

203 It makes sense that the jurisdictional rules on assumption and recognition should dovetail together in a federal state where the justice systems of the various provinces are interconnected parts of a harmonized whole. This reasoning does not extend to the international setting.

204 Nor does the concept of reciprocity in the sense of equivalence of jurisdiction serve the purposes of private international law well. This idea fails to reflect the differences between assuming jurisdiction and enforcing a foreign judgment. When a Canadian court takes jurisdiction over a foreign defendant, it need not inquire into the fairness of

entendre que la dernière approche tient davantage de l’[TRADUCTION] « équivalence des compétences » que de la « réciprocité » (Blom, *loc. cit.*, p. 735).

Je tiens à souligner que, dans l’arrêt *Morguard*, précité, le juge La Forest a rejeté la réciprocité, au sens d’équivalence des compétences, comme fondement d’un nouveau critère de compétence dans le contexte interprovincial, et qu’il en a également mis en doute l’utilité sur le plan international (voir *Morguard*, p. 1104; Blom, *loc. cit.*, p. 735). Il a plutôt adopté le point de vue selon lequel la déclaration de compétence d’un tribunal d’une province doit être régie par les mêmes principes d’ordre et d’équité qui guident la décision d’un tribunal d’une autre province de reconnaître la compétence du premier tribunal ou de ne pas la reconnaître. Au Canada, les raisons de se déclarer compétent et celles de reconnaître la compétence doivent être corrélatives. Comme l’a souligné le juge La Forest, « [s]’il est équitable et raisonnable que les tribunaux d’une autre province exercent leur compétence en une matière, il serait, en règle générale, raisonnable que les tribunaux d’une autre province exécutent le jugement qui en résulte » (p. 1094). Selon le raisonnement qui sous-tend cet énoncé, le tribunal doit non pas reconnaître la compétence qu’il prétend lui-même avoir, mais plutôt appliquer les mêmes principes pour déterminer dans quel cas il est raisonnable de se déclarer compétent et dans quel cas il convient de reconnaître la compétence du tribunal d’origine.

En bonne logique, les règles applicables à la déclaration de compétence et celles applicables à la reconnaissance de compétence concordent dans un État fédéral où les systèmes judiciaires des différentes provinces sont les éléments interreliés d’un ensemble harmonisé. Toutefois, ce raisonnement ne s’applique pas dans le contexte international.

D’ailleurs, la notion de réciprocité au sens d’équivalence des compétences ne se révèle pas plus utile pour atteindre les objectifs du droit international privé. Elle ne reflète pas les différences entre la déclaration de compétence et l’exécution d’un jugement étranger. Lorsqu’un tribunal canadien se déclare compétent à l’égard d’un défendeur



its own process, which can be taken for granted. Potential hardship to the defendant can be dealt with under *forum non conveniens*. The ultimate practical effect of the court's judgment will not be determined by its own decision to take jurisdiction, but by the decision of the courts in the defendant's home jurisdiction whether or not to recognize and enforce the Canadian judgment based on that jurisdiction's own domestic law and policy. Conversely, when a foreign judgment arrives in Canada, the enforcing court is the last line of defence for the Canadian defendant. The court should have a discretion to decide that it is not fair to the defendant to recognize the jurisdiction of the foreign court, even if the Canadian court would have decided it was fair to take jurisdiction itself based on the same connecting factors.

#### G. Conclusion on Jurisdiction

In conclusion, I agree with Major J. that considerations of comity, order and fairness support the application of the "real and substantial connection" test to the recognition and enforcement of judgments originating in foreign countries. In my view, however, the application of the test should be purpose-driven and contextual. What constitutes a connection sufficient to meet the test will not be the same in every context. The jurisdiction test should reflect the difference between the international and interprovincial contexts and the greater hardship that litigation in a foreign country can entail. There is no good reason why Ontario courts should have to treat a judgment from Florida — or one from China, Turkmenistan or Sierra Leone — exactly like a judgment from another Canadian province.

I would also question whether international comity requires us to move as far as the majority does in the direction of openness to foreign judgments when the position of jurisdictions with which we tend to compare ourselves is less generous. In England and Australia, for example, the *Emanuel*

étranger, il ne s'interroge pas sur l'équité de sa propre procédure, qu'il peut tenir pour acquise. Le défendeur peut régler les difficultés qu'il est susceptible de connaître en invoquant le principe du *forum non conveniens*. L'effet concret que le jugement du tribunal aura dépendra en définitive non pas de sa propre décision de se déclarer compétent, mais plutôt de celle de reconnaître et d'exécuter le jugement canadien — ou de ne pas le faire — que les tribunaux du ressort du défendeur prendront à la lumière du droit et des politiques en vigueur dans ce ressort. À l'inverse, lorsqu'un jugement étranger arrive au Canada, le tribunal saisi de la demande d'exécution de ce jugement constitue le dernier rempart dont dispose le défendeur canadien. Le tribunal canadien devrait pouvoir décider que la reconnaissance de la compétence du tribunal étranger serait inéquitable pour le défendeur, même dans le cas où il aurait jugé équitable de se déclarer lui-même compétent en fonction des mêmes facteurs de rattachement.

#### G. Conclusion sur la question de la compétence

Somme toute, je conviens avec le juge Major que des considérations de courtoisie, d'ordre et d'équité justifient l'application du critère du « lien réel et substantiel » à la reconnaissance et à l'exécution des jugements émanant de pays étrangers. J'estime, cependant, que ce critère doit s'appliquer selon une approche téléologique et contextuelle. Le lien suffisant pour satisfaire au critère peut varier d'un contexte à l'autre. Le critère de compétence doit alors refléter la différence entre le contexte international et le contexte interprovincial, ainsi que les difficultés accrues que peut occasionner un litige à l'étranger. Aucune raison valable n'oblige les tribunaux ontariens à traiter un jugement de la Floride — ou de la Chine, du Turkménistan ou de la Sierra Leone — exactement de la même manière qu'un jugement d'une autre province canadienne.

Je me demande également si la courtoisie internationale exige une aussi grande ouverture d'esprit que celle que proposent les juges majoritaires en ce qui concerne les jugements étrangers, compte tenu du fait que les ressorts auxquels nous avons tendance à nous comparer ne font pas preuve d'autant

205

206

*v. Symon, supra*, framework remains substantially unchanged and the jurisdiction of a foreign court must be based on the presence or residence of the defendant in the foreign jurisdiction or on the defendant's voluntary submission (see, e.g., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws, supra*, at pp. 487 and 503; P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia* (6th ed. 1995), at p. 138). The U.S. position is more liberal, but still does not go as far as the majority does in this case. Generally, U.S. states will apply the "minimum contact test" to foreign-country judgments as they do to judgments of sister states. This test is made out when a non-resident defendant seeking to avail himself of some benefit within a state affirmatively acts in a manner which he knows or should know will result in a significant impact within the forum state (see, e.g., *Mercandino v. Devoe & Raynolds, Inc.*, 436 A.2d 942 (N.J. Super. App. Div. 1981), at p. 943). Thus, a connection between the foreign jurisdiction and the cause of action alone, in the absence of purposive conduct by the defendant establishing a connection between himself and the forum, would be insufficient as a basis for jurisdiction and enforceability in the U.S. In such a case, however, the "real and substantial connection" test as it is interpreted by the majority would always be satisfied.

207 Finally, I would note that the logic on which the *Morguard* test is founded suggests that it should supersede, rather than complement, the traditional common law bases of jurisdiction. In my view, it is not necessary to ask whether any of the traditional grounds are present and then go on to ask whether there is a real and substantial connection (as the majority reasons suggest, at para. 37). There should be just one question: is the "real and substantial connection" test made out?

208 This Court noted in *Hunt, supra*, that the traditional grounds were generally sound bases of jurisdiction and were "a good place to start", but also observed that "some of these may well require reconsideration in light of *Morguard*" (p. 325). Such

de générosité. En Angleterre et en Australie par exemple, le cadre établi par l'arrêt *Emanuel c. Symon*, précité, demeure essentiellement le même et la compétence d'un tribunal étranger doit être fondée sur la présence ou la résidence du défendeur dans le ressort étranger ou sur la soumission volontaire de ce défendeur (voir, par exemple, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws, op. cit.*, p. 487 et 503; P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia* (6<sup>e</sup> éd. 1995), p. 138). Plus libérale, la position américaine ne va toutefois pas aussi loin que celle des juges majoritaires en l'espèce. En général, les États américains appliquent aux jugements étrangers le critère des « liens minimaux » (« *minimum contacts* ») de la même manière qu'un État le fait à l'égard des jugements d'un autre État. Ce critère est respecté lorsqu'un défendeur non résidant, qui cherche à se prévaloir d'un avantage dans un État, agit résolument d'une manière qui, comme il le sait ou devrait le savoir, aura une incidence importante dans l'État du for (voir, par exemple, *Mercandino c. Devoe & Raynolds, Inc.*, 436 A.2d 942 (N.J. Super. App. Div. 1981), p. 943). Donc, la seule existence d'un lien entre le ressort étranger et la cause d'action — en l'absence d'une conduite intentionnelle du défendeur établissant un lien entre lui et le ressort en question — ne suffirait pas pour reconnaître la compétence de ce dernier et justifier l'exécution aux États-Unis. En pareil cas, cependant, le critère du « lien réel et substantiel », tel que l'interprètent les juges majoritaires, serait toujours respecté.

Enfin, je tiens à souligner que le raisonnement qui sous-tend le critère de l'arrêt *Morguard* indique qu'il doit remplacer et non compléter les motifs traditionnels de compétence en common law. À mon avis, il n'est pas nécessaire de se demander d'abord si l'un des motifs traditionnels existe, et ensuite s'il existe un lien réel et substantiel (comme le suggèrent les juges majoritaires, au par. 37 de leurs motifs). Une seule question doit être posée : le critère du « lien réel et substantiel » est-il respecté?

Dans l'arrêt *Hunt*, précité, p. 325, notre Cour a fait remarquer que les motifs traditionnels constituaient généralement des fondements de compétence solides et « un bon point de départ », mais elle a également signalé qu'« il peut bien être

factors as contractual agreement to accept jurisdiction and habitual residence in the foreign forum are usually very clear examples of the kind of connection that reasonably supports the assumption of jurisdiction. Attornment by actively defending the action in the foreign jurisdiction is a slightly different kind of connection; because the defendant has chosen to have his day in court in the foreign forum, no unfairness results from the enforcement of the foreign court's judgment.

In some cases, however, the traditional grounds may be more arbitrary and formalistic than they are fair and reasonable. Under the traditional rules, for example, jurisdiction could be acquired by serving a defendant who was present in the jurisdiction, even if her presence was only fleeting and was completely unconnected to the action, and in the absence of any other factor supporting jurisdiction. Another example is the common law rule that an appearance solely for the purpose of challenging the jurisdiction of the foreign court was an attornment to its jurisdiction, which was argued (but not commented on by the court) in *United States of America v. Ivey* (1995), 26 O.R. (3d) 533 (Gen. Div.). Circumstances such as these may not amount to a real and substantial connection, and in my view they should not continue to be recognized as bases for jurisdiction just because they were under the traditional rules.

#### IV. The Impeachment Defences

##### A. *The Principle Behind the Defences*

Claimants who seek to have foreign judgments recognized or enforced in this country ask for the support and cooperation of Canadian courts. They thus face the initial burden of showing that the judgment is valid on its face and was issued by a court acting through fair process and with properly restrained jurisdiction based on a real and substantial connection to the action. The petitioner must convince the receiving court that the values of

nécessaire d'en réexaminer certains à la lumière de l'arrêt *Morguard* ». Des facteurs tels l'engagement contractuel à se soumettre à une compétence particulière et le lieu de résidence habituel dans le ressort étranger sont généralement des exemples très clairs du genre de facteur de rattachement qui justifie raisonnablement la reconnaissance de la compétence. L'acquiescement qui consiste à se défendre activement contre l'action intentée dans le ressort étranger constitue un type de lien légèrement différent. Puisque le défendeur a choisi de se présenter devant le tribunal étranger, l'exécution du jugement rendu par le tribunal étranger n'a rien d'inéquitable.

Dans certains cas, cependant, les motifs traditionnels peuvent devenir plus arbitraires et formalistes qu'équitables et raisonnables. Selon les règles traditionnelles, par exemple, la compétence pourrait résulter exclusivement de la signification faite au défendeur au moment où il se trouvait dans le ressort, même si sa présence n'a été que brève et n'avait absolument rien à voir avec l'action. Un autre exemple est celui de la règle de common law selon laquelle la comparution destinée seulement à contester la compétence du tribunal étranger vaut acquiescement à la compétence de ce tribunal, ce que le tribunal a affirmé (mais non commenté) dans l'arrêt *United States of America c. Ivey* (1995), 26 O.R. (3d) 533 (Div. gén.). Il se peut qu'il n'y ait pas de lien réel et substantiel dans ces circonstances qui, à mon avis, ne devraient plus être considérées comme des motifs de compétence uniquement parce que le régime des règles traditionnelles les considérait comme telles.

#### IV. Les défenses consistant à attaquer la validité du jugement

##### A. *Le principe qui sous-tend ces défenses*

Les demandeurs qui cherchent à obtenir la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Canada sollicitent l'appui et la coopération des tribunaux canadiens. Il leur incombe donc, au départ, de démontrer que le jugement est valide à première vue et qu'il a été rendu par un tribunal ayant agi avec équité et avec retenue dans l'exercice d'une compétence fondée sur l'existence d'un lien réel et substantiel avec l'action. Le requérant doit convaincre le

international comity require it to exercise its power in favour of enforcing the judgment. Once this burden has been met, the judgment is *prima facie* enforceable by a Canadian court. The common law has long recognized, however, that the defendant can still establish that the judgment should not be enforced by showing that one of a number of defences to recognition and enforcement applies. The defences relevant to this appeal are commonly grouped under the heading of “impeachment” defences, since all are based on the notion that the way the foreign judgment was obtained was in some way tainted or contrary to Canadian notions of justice. (Other potential defences, such as the foreign public law exception to enforceability in Canada, which might apply, for example, to a tax claim, are not implicated by the facts of this case.)

tribunal saisi que les valeurs de la courtoisie internationale lui commandent d'exercer son pouvoir d'exécuter le jugement. Dès que cette obligation est remplie, le jugement en question est exécutoire *prima facie* au Canada. Toutefois, la common law reconnaît depuis longtemps que le défendeur peut toujours établir qu'il n'y a pas lieu d'exécuter ce jugement, par la démonstration de l'application de l'un des nombreux moyens de défense opposables à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement. Les moyens de défense pertinents en l'espèce sont souvent regroupés sous le nom de « “*impeachment*” *defences* » (« défenses consistant à attaquer la validité du jugement ») car ils reposent tous sur l'idée que la procédure suivie pour obtenir le jugement étranger était en quelque sorte viciée ou contraire aux notions de justice canadiennes. (Les faits de la présente affaire ne justifient pas le recours à d'autres défenses — telle l'exception du droit public étranger prévoyant l'inexécution au Canada — qui pourraient éventuellement s'appliquer, par exemple, à une créance fiscale.)

211

A foreign judgment may be impeached on the basis that its recognition or enforcement would be contrary to public policy, that it was obtained by fraud, or that the foreign proceedings were contrary to natural justice. The burden is on the party raising one of these defences to prove that it applies; the foreign judgment is presumed to be valid, and there is a basic principle that the domestic court will not permit relitigation of matters tried before the foreign court (J.-G. Castel and J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5th ed. (loose-leaf)), at p. 14-24). At the same time, the receiving court has both the authority and the responsibility to uphold the essential values of the domestic legal system and to protect citizens under the protection of its laws from unfairness. The three impeachment defences are established situations where the domestic court will intervene and refuse to enforce the judgment because the law on which it is based or the way it was obtained is simply too offensive to local notions of what is just and reasonable.

Un jugement étranger peut être attaqué pour le motif que sa reconnaissance ou son exécution serait contraire à l'ordre public, qu'il a été obtenu frauduleusement, ou que les procédures à l'étranger constituaient un déni de justice naturelle. Il incombe à la partie qui invoque l'un de ces moyens de défense de prouver qu'il s'applique. En effet, le jugement étranger est présumé valide. Un principe fondamental veut alors que le tribunal national n'autorise pas la tenue d'un nouveau procès relativement à des questions déjà examinées et tranchées par le tribunal étranger (J.-G. Castel et J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 14-24). En même temps, le tribunal saisi a, à la fois, le pouvoir et la responsabilité de défendre les valeurs essentielles du régime juridique national et d'empêcher que les citoyens protégés par ses lois subissent une injustice. Les trois défenses consistant à attaquer la validité du jugement correspondent à des situations bien déterminées où le tribunal national intervient et refuse d'exécuter le jugement dont il est saisi, parce que le droit sur lequel il repose ou la façon dont il a été obtenu dévie simplement trop des notions locales de ce qui est juste et raisonnable.

B. *The Need to Reconsider the Impeachment Defences as a Result of the Change in the Jurisdiction Test*

An intrinsic tension arises between the impeachment defences and the principle that the law and facts on which the foreign judgment is based cannot be reargued. Acknowledging the foreign court's jurisdiction would mean very little if the defences could be routinely used to discredit the legal, factual or procedural basis of its judgment. On the other hand, the principle of finality of judgments has its limits; it does not and should not mean that the enforcing court can do no more than rubber-stamp the foreign judgment while turning a blind eye to unfairness or impropriety in its provenance.

The impeachment defences represent the balance that the courts have found to be appropriate between security of transactions, on the one hand, and fairness in the individual case, on the other. Traditionally, they have been narrow in scope. The old, strict approach to these defences struck a balance appropriate to the requirements of international comity under the pre-*Morguard* common law, when the jurisdiction test was a difficult threshold for foreign plaintiffs to cross. Nearly all judgments that passed it did so because the defendant had either participated in the action in the foreign forum or selected it by agreement. As J. Walker notes in a comment on this case:

Under such conditions, defendants resisting the enforcement of foreign judgments could be presumed to have defended the actions against them and to have benefited from the procedural safeguards available in the foreign legal systems. Alternatively, defendants could be presumed to have chosen, on the strength of some familiarity with the foreign legal systems, to let their matters be decided in default.

(“*Beals v. Saldanha*: Striking the Comity Balance Anew” (2002), 5 *Can. Int'l Law* 28, at p. 30)

B. *La nécessité de reconsidérer les défenses consistant à attaquer la validité du jugement à la suite de la modification du critère de compétence*

Une tension intrinsèque règne entre les défenses consistant à attaquer la validité du jugement étranger et le principe voulant que le droit et les faits qui sous-tendent ce jugement ne puissent être débattus de nouveau. La reconnaissance de la compétence du tribunal étranger aurait très peu de sens si les moyens de défense invoqués pouvaient régulièrement servir à contester le fondement juridique, factuel ou procédural de son jugement. Par contre, le principe du caractère définitif des jugements a ses limites, car il ne signifie pas, et ne devrait pas signifier, que le tribunal saisi ne peut rien faire de plus que reconnaître automatiquement la validité du jugement étranger, tout en fermant les yeux sur les injustices ou les irrégularités à l'origine de ce dernier.

Les défenses consistant à attaquer la validité du jugement représentent la solution de compromis que les tribunaux ont jugé appropriée pour assurer la sécurité des opérations, d'une part, et l'équité dans l'affaire donnée, d'autre part. Leur portée demeure habituellement limitée. À l'époque où le critère de compétence constituait un obstacle difficile à franchir pour les demandeurs étrangers, l'ancienne interprétation stricte de ces défenses permettait d'atteindre un juste milieu qui, sous le régime de la common law antérieure à l'arrêt *Morguard*, répondait aux exigences de la courtoisie internationale. Dans presque tous les cas où un jugement étranger franchissait cet obstacle, le défendeur avait soit participé à l'action dans le ressort étranger, soit convenu de choisir ce ressort. Comme J. Walker le souligne dans un commentaire sur la présente affaire :

[TRADUCTION] Dans ces conditions, on pourrait présumer que le défendeur qui s'oppose à l'exécution d'un jugement étranger a contesté l'action intentée contre lui et bénéficié des garanties procédurales offertes dans le régime juridique étranger. Subsidièrement, on pourrait présumer que le défendeur, fort d'une certaine connaissance du régime juridique étranger, a choisi de laisser son dossier être instruit par défaut.

(« *Beals v. Saldanha* : Striking the Comity Balance Anew » (2002), 5 *R.C.D.I.* 28, p. 30)

212

213

In short, the potential for unfairness to the defendant was minimal, and accordingly there was no need for courts to be concerned with shortcomings in the way the judgment was obtained absent “some egregiously bad feature of the process or the result” (Walker, *supra*, at p. 30).

214 The balance that existed under the traditional approach is lacking in the new test set out by the majority. The category of foreign judgments that are *prima facie* enforceable in this country has been greatly expanded by virtue of the adoption of the *Morguard* test for foreign-country judgments. The law as it now stands will admit a default judgment emanating from a forum that the defendant did not consent to and may have been connected to only indirectly or not at all. This is a salutary development in our law on jurisdiction; if there are sufficient connections between the action and the forum, the judgment should not be shut out on the basis that the forum was inappropriate. But the possibility that the judgment should be unenforceable for some other reason should be considered anew in light of this new context. Castel and Walker, *supra*, have commented that if this Court confirms the application of the *Morguard* test to foreign judgments, “it would seem necessary to revise the defences . . . so as to protect persons in Canada who have been sued in foreign courts from the particular kinds of unfairness that can arise in crossborder litigation, and so as to prevent abuse from occurring as a result of liberal rules for the enforcement of foreign default judgments” (p. 14-26).

215 One example of the kind of unfairness Castel and Walker refer to is the increased vulnerability of Canadian residents to nuisance lawsuits in other countries. A defendant may be confronted with a claim that he knows to be frivolous brought by an overseas claimant. His choices are to defend, to settle, or to ignore the claim. Defending in a foreign country is often expensive and difficult. Many foreign jurisdictions do not award costs to the successful party, so that the defendant will have to bear the expenses of litigation even if his position is fully

Bref, le risque d’injustice pour le défendeur s’avèrait minime, et les tribunaux n’avaient donc pas à se soucier des lacunes de la procédure suivie pour obtenir le jugement, en l’absence d’un [TRADUCTION] « défaut très grave de la procédure ou du résultat » (Walker, *loc. cit.*, p. 30).

Le nouveau critère préconisé par les juges majoritaires ne permet pas d’établir l’équilibre que réalisait l’approche traditionnelle. L’application du critère de l’arrêt *Morguard* aux jugements étrangers a contribué à élargir considérablement la catégorie des jugements étrangers exécutoires *prima facie* dans notre pays. Le droit dans son état actuel permet de reconnaître un jugement par défaut émanant d’un ressort que le défendeur n’a pas convenu de choisir et auquel il n’est qu’indirectement, voire aucunement, lié. Il s’agit là d’une évolution salutaire de nos règles de droit en matière de compétence. S’il existe des liens suffisants entre l’action et le ressort, on ne doit pas faire obstacle à l’exécution du jugement pour le motif que le tribunal qui l’a rendu n’était pas compétent. Cependant, il devient nécessaire de réexaminer, à la lumière de cette nouvelle réalité, la possibilité que le jugement soit inexécutoire pour une autre raison. Castel et Walker, *op. cit.*, ont fait observer que, si notre Cour confirmait l’application du critère de l’arrêt *Morguard* aux jugements étrangers, [TRADUCTION] « il semblerait alors nécessaire de revoir les moyens de défense [. . .] afin de protéger, au Canada, les personnes ayant fait l’objet de poursuites à l’étranger contre les injustices particulières qui peuvent résulter d’un litige transfrontalier, et de prévenir les abus auxquels peuvent donner lieu des règles libérales en matière d’exécution des jugements rendus par défaut à l’étranger » (p. 14-26).

Un exemple d’injustice mentionnée par Castel et Walker est l’exposition accrue des résidents canadiens aux poursuites malveillantes à l’étranger. Un défendeur peut être confronté à une action — qu’il sait frivole — intentée par un demandeur outre-mer. Il a le choix de se défendre, de régler à l’amiable ou encore de ne tenir aucun compte de l’action intentée contre lui. Il est souvent onéreux et difficile de se défendre dans un pays étranger. Dans bien des ressorts étrangers, la partie qui obtient gain de cause n’a droit à aucuns dépens, ce qui oblige le défendeur

vindicated. On the other hand, failure to defend brings with it considerable risk. The defendant may have little or no knowledge of the legal system and may be unable to predict with confidence that the foreign court will not be persuaded, or required by the operation of its own rules, to uphold a meritless claim.

A defendant faced with this dilemma ought to be afforded some protection by Canadian courts against foreign judgments that are clearly flawed, even if the flaws do not meet the stringent tests that traditionally defined the impeachment defences. If no such protection is available, in many cases the only safe option for defendants will be to settle with the claimant despite the fact that the claim is baseless. If the position of the Canadian courts is to be that defendants who fail to defend in the foreign forum do so entirely at their peril, regardless of whether the decision not to defend was based on a rational cost-benefit analysis and irrespective of the frivolousness of the claim and of the use of improper means to persuade the foreign court that it should succeed, Canadian residents may become attractive targets for opportunistic plaintiffs' lawyers in other jurisdictions.

In my opinion, the impeachment defences, particularly the defences of fraud and natural justice, ought to be reformulated. The law of conflicts needs to take these new possibilities for abuse into account and to ensure an appropriate recalibration of the balance between respect for the finality of foreign judgments and protection of the rights of Canadian defendants.

Furthermore, the nominate defences should be looked at as examples of a single underlying principle governing the exercise of the receiving court's power to recognize and enforce a foreign judgment.

à supporter les dépenses engagées pour contester l'action, même dans le cas où on lui donne entièrement raison. Par ailleurs, l'omission d'opposer une défense comporte un risque considérable. Il se peut que le défendeur connaisse peu ou pas du tout le régime juridique applicable, qu'il lui soit impossible de prévoir avec certitude que le tribunal étranger ne sera pas convaincu, ou tenu en vertu de ses propres règles, de faire droit à une demande dénuée de fondement.

Le défendeur placé devant ce dilemme devrait se voir accorder par les tribunaux canadiens une certaine protection contre un jugement étranger manifestement vicié, même si les vices qui entachent ce jugement ne satisfont pas aux conditions strictes auxquelles est traditionnellement assujéti le recours aux défenses consistant à attaquer la validité d'un jugement. En l'absence d'une telle protection, le seul choix que, dans bien des cas, le défendeur peut faire sans risquer de se tromper est de transiger avec le demandeur même dans le cas d'une demande dénuée de fondement. Les résidents canadiens pourraient devenir des cibles attrayantes pour les avocats représentant des demandeurs opportunistes dans d'autres ressorts, si jamais les tribunaux canadiens adoptent le point de vue selon lequel les défendeurs qui décident de ne pas opposer une défense dans le ressort étranger le font entièrement à leurs risques et périls, peu importe que leur décision résulte d'une analyse rationnelle des coûts et des avantages, et indépendamment du caractère frivole de la demande et des moyens irréguliers utilisés pour convaincre le tribunal étranger de l'accueillir.

J'estime qu'il est souhaitable de reformuler les défenses consistant à attaquer la validité d'un jugement, en particulier celles fondées sur la fraude et sur la justice naturelle. Le droit international privé doit tenir compte de ces nouvelles possibilités d'abus et veiller à rétablir l'équilibre entre le respect du caractère définitif des jugements étrangers et la protection des droits des défendeurs canadiens.

En outre, les moyens de défense spécifiques devraient être perçus comme des illustrations d'un seul principe sous-jacent qui régit l'exercice du pouvoir du tribunal saisi de reconnaître et d'exécuter un

216

217

218

The claimant must come before the Canadian court with clean hands, and the court will not accept a judgment whose enforcement would amount to an abuse of its process or bring the administration of justice in Canada into disrepute. Serious consideration should be given to the possibility of a residual category of judgments, beyond those addressed by the defences of public policy, fraud and natural justice, that should not be enforced because they, too, engage this principle — in short, because their enforcement would shock the conscience of Canadians.

### C. *Reformulation of the Nominated Defences*

#### (1) Public Policy

219 If the enforcement of a foreign judgment in Canada would be contrary to Canadian public policy, the judgment will not be enforced here. This defence addresses objections to the foreign law on which the judgment was based. It will be engaged if the foreign law is either contrary to basic morality or contrary to the fundamental tenets of justice recognized by our legal system.

220 The trial judge held that the public policy defence should be expanded to incorporate a “judicial sniff test” that would allow enforcing courts to reject foreign judgments obtained through questionable or egregious conduct (Jennings J., at p. 144). It has also been suggested that excessively high punitive damage awards should be unenforceable in whole or in part as a matter of public policy; see, e.g., J. S. Ziegel, “Enforcement of Foreign Judgments in Canada, Unlevel Playing Fields, and *Beals v. Saldanha*: A Consumer Perspective” (2003), 38 *Can. Bus. L.J.* 294, at pp. 306-7; *Kidron v. Grean* (1996), 48 O.R. (3d) 775 (Gen. Div.) (where the court refused to enforce on summary judgment a foreign judgment for \$15 million for emotional distress based on evidence of “hurt feelings”). Ziegel notes that the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted in October 1999, and revised in June 2001, by the Special Commission of the Hague Conference on Private International Law,

jugement étranger. Le demandeur qui se présente devant le tribunal canadien doit être sans reproche, et le tribunal ne reconnaîtra pas un jugement dont l'exécution constituerait un abus de sa procédure ou déconsidérerait l'administration de la justice au Canada. Il faut alors penser sérieusement à ajouter aux catégories de jugements visées par les moyens de défense fondés sur l'ordre public, la fraude et la justice naturelle une catégorie résiduelle de jugements à ne pas exécuter parce qu'ils dérogent eux aussi à ce principe — bref, parce que leur exécution choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes.

### C. *Reformulation des moyens de défense spécifiques*

#### (1) L'ordre public

Un jugement étranger ne sera pas exécuté au Canada dans le cas où son exécution violera l'ordre public canadien. Ce moyen de défense répond aux objections formulées au sujet du droit étranger appliqué pour rendre le jugement en question. Il peut être invoqué si le droit étranger est contraire aux valeurs morales ou aux préceptes de justice fondamentaux reconnus par notre régime juridique.

Le juge de première instance a conclu qu'il y avait lieu d'élargir le moyen de défense fondé sur l'ordre public de manière à y incorporer un [TRADUCTION] « critère d'intuition judiciaire » (« *judicial sniff test* ») qui permettrait aux tribunaux saisis de rejeter les jugements étrangers obtenus grâce à un comportement douteux ou inacceptable (le juge Jennings, p. 144). On a également laissé entendre qu'un jugement accordant des dommages-intérêts punitifs excessifs devrait être inexécutoire, en totalité ou en partie, pour des raisons d'ordre public; voir, par exemple, J. S. Ziegel, « Enforcement of Foreign Judgments in Canada, Unlevel Playing Fields, and *Beals v. Saldanha*: A Consumer Perspective » (2003), 38 *Rev. can. dr. comm.* 294, p. 306-307; *Kidron c. Grean* (1996), 48 O.R. (3d) 775 (Div. gén.) (refus d'exécuter par jugement sommaire un jugement étranger accordant 15 millions de dollars pour troubles émotionnels, à la lumière d'une preuve d'[TRADUCTION] « amour-propre écorché »). Ziegel souligne que l'avant-projet de la Convention de



provides that a court asked to enforce an award of non-compensatory damages may, if satisfied that the amount awarded is “grossly excessive”, limit enforcement to a lesser amount (Article 33(2)). The Draft Convention may reflect an international consensus that large punitive damage awards can raise serious concerns, although this idea does not rise to the level of a customary norm.

In my view, the better approach is to continue to reserve the public policy defence for cases where the objection is to the law of the foreign forum, rather than the way the law was applied, or the size of the award *per se*. In other words, this defence should continue to be, as the trial judge put it, “directed at the concept of repugnant *laws*, not repugnant *facts*” (p. 144 (emphasis in original)). Public policy is potentially an expansive enough concept to subsume the other two defences; it is, of course, contrary to public policy in a broad sense to enforce a judgment that was fraudulently or unfairly obtained. But it is useful to maintain an analytical distinction between the three defences. Furthermore, the defence of public policy has long been associated with condemnation of the foreign jurisdiction’s law. To extend it to cover situations where there is nothing objectionable about the foreign law but, rather, a defect in the way the law was applied might send the wrong message, one that conflicts with the norms of international cooperation and respect for other legal systems underlying the doctrine of comity.

In *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf* (1992), 88 D.L.R. (4th) 612, the Ontario Court of Appeal held that the public policy defence applies to laws

La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale — adopté en octobre 1999 et révisé, en juin 2001, par la Commission spéciale de la Conférence de La Haye de droit international privé — prévoit qu’un tribunal saisi d’une demande d’exécution d’un jugement accordant des dommages-intérêts non compensatoires peut en limiter la reconnaissance à un montant inférieur, s’il est convaincu que le montant accordé est « manifestement excessif » (paragraphe 33(2)). L’avant-projet de Convention peut traduire un consensus international voulant que l’attribution de dommages-intérêts punitifs élevés puisse soulever de sérieuses questions, bien qu’il ne s’agisse pas là d’une règle coutumière.

À mon avis, la meilleure solution est de continuer à limiter la possibilité d’invoquer le moyen de défense fondé sur l’ordre public aux cas où l’objection vise le droit applicable dans le ressort étranger et non la manière dont ce droit a été appliqué ou le montant même des dommages-intérêts qui a été accordé. Autrement dit, comme l’a affirmé le juge de première instance, ce moyen de défense devrait continuer d’être [TRADUCTION] « axé sur la notion de *lois* répugnantes et non sur la notion de *faits* répugnants » (p. 144 (en italique dans l’original)). La notion d’ordre public peut être assez large pour englober les deux autres moyens de défense. Il est, bien sûr, contraire à l’ordre public au sens large d’exécuter un jugement obtenu d’une manière frauduleuse ou inéquitable. Cependant, il reste utile de maintenir une distinction analytique entre les trois moyens de défense. En outre, le moyen de défense fondé sur l’ordre public a longtemps été assimilé à une dénonciation du droit applicable dans le ressort étranger. L’application de ce moyen de défense aux cas où le droit étranger n’a rien de répréhensible, mais a plutôt été mal appliqué, risque de transmettre le mauvais message, à savoir un message incompatible avec les règles de coopération internationale et de respect pour les autres régimes juridiques, qui sous-tendent le principe de la courtoisie.

Dans l’arrêt *Boardwalk Regency Corp. c. Maalouf* (1992), 88 D.L.R. (4th) 612, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que le moyen de

221

222

that violate “conceptions of essential justice and morality” (p. 615). As an example, the court cited a contract relating to the corruption of children (p. 622). It emphasized that a mere difference between the policy choices reflected in the foreign law and those that prevail in Canada is not enough to engage the defence (pp. 615-16). This approach reflects the principle that diversity among the legal systems of the world should be respected, while at the same time establishing the limits of that principle. A law that offends fundamental or essential moral precepts will not be enforced. While the question is always whether the foreign law violates Canadian ideas of essential justice and morality, the relevant precepts of morality and justice are so basic that they can be said to have a universal character and will generally be respected by all fair legal systems.

défense fondé sur l'ordre public peut être invoqué dans le cas où des règles de droit violent les [TRADUCTION] « notions de justice essentielle et de moralité » (p. 615). La cour a cité l'exemple d'un contrat relatif à la corruption d'enfants (p. 622). Elle a souligné qu'une simple différence entre les choix de politique générale que traduit le droit étranger et ceux qui ont été faits au Canada n'est pas suffisante pour que ce moyen de défense puisse être invoqué (p. 615-616). Cette approche reflète le principe voulant qu'il faille respecter la diversité des régimes juridiques qui existent dans le monde, tout en fixant des limites à ce principe. La règle de droit qui viole des préceptes moraux essentiels ou fondamentaux ne sera pas appliquée. Bien que la question soit toujours de savoir si le droit étranger viole les notions de justice essentielle et de moralité canadiennes, les préceptes de moralité et de justice applicables sont si fondamentaux qu'on peut affirmer qu'ils possèdent un caractère universel et qu'ils seront généralement respectés par tous les régimes juridiques équitables.

223

The defence of public policy should not, however, be reserved for such shockingly immoral laws that one would be hard-pressed to find a non-hypothetical example of the kind of law that would engage it. In my opinion, there is more work for this defence to do. It should also apply to foreign laws that offend basic tenets of our civil justice system, principles that are widely recognized as having a quality of essential fairness. Among these, I would include the idea that civil damages should only be awarded when the defendant is responsible for harm to the plaintiff, and the rule that punitive damages are available when the defendant's conduct goes beyond mere negligence and is morally blameworthy in some way. These are basic principles of justice that are reflected in some form in most developed legal systems, although the particular form in which they are expressed may vary.

Cependant, le moyen de défense fondé sur l'ordre public ne doit pas être limité aux lois qui sont d'une immoralité si inacceptable qu'il serait difficile de trouver un exemple concret de cas où il serait possible de l'invoquer. J'estime que l'application de ce moyen de défense ne doit pas s'arrêter là. Il doit également pouvoir être invoqué à l'encontre de lois étrangères violant les règles fondamentales de notre système de justice civile, qui sont largement reconnues comme étant essentiellement équitables. J'inclurais notamment dans ces règles l'idée que des dommages-intérêts civils ne doivent être accordés que si le défendeur est responsable du préjudice subi par le demandeur, ainsi que la règle voulant qu'il soit possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la conduite du défendeur est plus que simplement négligente et est, dans un certain sens, moralement répréhensible. Ce sont là des principes de justice fondamentaux qui se retrouvent dans la plupart des régimes juridiques évolués, bien que la façon de les exprimer puisse varier d'un régime à l'autre.

A law which violates these basic tenets of justice would be fundamentally unfair and worthy of condemnation. A Canadian court presented with a judgment from a jurisdiction whose law provides, for example, that punitive damages can be awarded on the basis of simple negligence or strict liability ought to have a discretion to deny or limit the enforceability of the judgment on grounds of public policy.

This does not dispose of all the difficulties raised by large punitive damage awards, which in practice seldom result from the application of unjust laws. The most common source of punitive damage awards that are unusually high by international standards is the United States. In that country, it is more common to use punitive damages as an instrument of social engineering than it is in Canada, and American law tends to permit larger awards as a way of modifying the behaviour of well-funded defendants. There is nothing about that approach that is inherently offensive to Canadian ideas of basic fairness; it is simply a different policy choice, and it affords U.S. plaintiffs a level of protection of which they ought not necessarily to be deprived just because the defendant's assets are here. As far as I know, U.S. federal and state law generally allows for punitive damages only when the defendant's behaviour is morally blameworthy in some way. In this sense, their policy is similar in principle to ours even though the amounts awarded are sometimes startlingly high to Canadian eyes.

Serious problems can, however, arise when an exorbitant damage award is granted against a defendant whose actions were merely careless, rather than reprehensible, or where the defendant's actions were blameworthy enough to merit punitive damages in some amount but the amount awarded is so unimaginably large that it would only be justified as a response to the most heinous and despicable conduct. In many such cases, the applicable

Une loi violant ces principes de justice fondamentaux serait profondément inéquitable et mériterait d'être dénoncée. Ainsi, lorsqu'il est saisi d'un jugement émanant d'un ressort où la loi prévoit, par exemple, la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs pour cause de simple négligence ou de responsabilité stricte, un tribunal canadien devrait pouvoir en refuser ou en limiter l'exécution pour des raisons d'ordre public.

Cela ne résout pas toutes les difficultés posées par l'attribution de dommages-intérêts punitifs élevés qui, en pratique, découle rarement de l'application de lois injustes. C'est aux États-Unis que les dommages-intérêts punitifs sont le plus souvent extraordinairement élevés par rapport à ceux accordés dans d'autres pays. Dans ce pays, on recourt plus souvent qu'au Canada aux dommages-intérêts punitifs pour tenter de transformer la société, et le droit américain tend à percevoir l'attribution de montants plus élevés comme un moyen de changer le comportement des défendeurs bien nantis. Cette approche n'a en soi rien de contraire aux notions d'équité fondamentale canadiennes; elle représente simplement un choix stratégique différent qui assure aux demandeurs américains une protection dont ils ne devraient pas nécessairement être privés du seul fait que les biens du défendeur sont situés au Canada. À ma connaissance, les lois américaines, tant fédérales que celles des États, ne permettent généralement l'attribution de dommages-intérêts punitifs que si le comportement du défendeur est, dans un certain sens, moralement répréhensible. À cet égard, leur politique sous-jacente est, en principe, semblable à la nôtre même si les montants accordés peuvent parfois paraître excessifs aux yeux des Canadiens et des Canadiennes.

De graves problèmes peuvent toutefois survenir dans le cas où un défendeur ayant simplement agi de façon négligente, mais non répréhensible, se voit ordonner de verser des dommages-intérêts exorbitants, ou dans celui où les actes du défendeur sont assez répréhensibles pour justifier un certain montant de dommages-intérêts punitifs, mais où le montant accordé est si incroyablement élevé qu'il ne saurait être justifié que pour

224

225

226

law does not, in theory at least, support the size of the damage award. Such awards may be fixed by juries or judges who may not apply the law with the utmost scrupulousness, and they are often overturned on appeal.

227 Some very large judgments of this kind have gained a certain level of notoriety and are probably the first to come to mind when concerns about the size of punitive damage awards are raised. A well-known example is *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), where the United States Supreme Court overturned a judgment of the Alabama Supreme Court which had awarded \$2 million against BMW because they had sold the defendant a car without revealing that it had been repainted.

228 Another example is the *Loewen* case, where a Mississippi jury awarded \$500 million (including punitive damages of \$400 million) against a funeral company based in British Columbia for anti-competitive behaviour. The Mississippi court rules made the defendant's right to appeal conditional on the posting of a bond worth 125 percent of the damages owed. The defendants settled the case in 1996, and went on to file a NAFTA claim against the United States, arguing that the verdict amounted to an uncompensated appropriation of foreign investors' assets. This claim was ultimately unsuccessful, but the NAFTA tribunal remarked on the unfairness of the verdict and the appearance that improper considerations had played a part in inflating it; the trial judge had allowed the plaintiff's attorney to make irrelevant and prejudicial references to matters of race and class and to the fact that the defendants were foreign nationals (*Loewen Group, Inc. v. United States of America*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB(AF)/98/3, June 26, 2003, at para. 4). See also J. A. Talpis, "If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction*

le comportement le plus haineux et le plus ignoble. Dans bon nombre de ces situations, le droit applicable ne justifie pas, en théorie du moins, le montant des dommages-intérêts accordés. Ces dommages-intérêts peuvent être fixés par des jurys ou des juges qui ne sont pas toujours susceptibles d'appliquer la loi avec le plus de rigueur, et sont souvent annulés en appel.

Certains jugements de cette nature, qui accordent des sommes très élevées, ont acquis une certaine notoriété et sont probablement les premiers qui viennent à l'esprit lorsque des questions sont soulevées au sujet de l'importance des dommages-intérêts punitifs accordés. Un exemple bien connu est l'arrêt *BMW of North America, Inc. c. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), où la Cour suprême des États-Unis a infirmé le jugement de la Cour suprême de l'Alabama ordonnant à BMW de verser 2 millions de dollars parce qu'elle avait vendu une voiture au défendeur sans l'informer qu'elle avait été repeinte.

Un autre exemple est l'affaire *Loewen*, où un jury du Mississippi a ordonné à une société de pompes funèbres ayant son siège social en Colombie-Britannique de verser 500 millions de dollars (incluant des dommages-intérêts punitifs de 400 millions de dollars) pour cause de comportement anticoncurrentiel. Les règles de procédure du Mississippi subordonnaient le droit d'appel du défendeur au dépôt d'un cautionnement équivalent à 125 pour 100 des dommages-intérêts dûs. Les défendeurs ont réglé l'affaire en 1996, et ont ensuite intenté contre les États-Unis une action fondée sur l'ALÉNA, dans laquelle ils alléguaient que le verdict équivalait à une appropriation, sans contrepartie, des biens d'un investisseur étranger. En définitive, leur action a été rejetée, mais le tribunal de l'ALÉNA a commenté le caractère inéquitable du verdict et le fait que des facteurs inappropriés semblaient avoir contribué à gonfler le montant accordé; le juge de première instance avait permis à l'avocat du demandeur de s'éloigner du sujet et de causer un préjudice en le laissant évoquer des questions de race et de classe sociale ainsi que le fait que les défendeurs étaient des ressortissants étrangers (*Loewen Group, Inc. c. United States*

in *Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001).

In cases like those referred to above, the problem is not that the law of the foreign jurisdiction conflicts with Canadian public policy, but that the facts of the case do not really justify the size of the award even under the foreign law. These are issues that, in my view, engage the defence of natural justice rather than that of public policy.

## (2) Fraud

Fraud perpetrated on the court that issued the foreign judgment is a defence to its enforcement in Canada. The defence of fraud is hard to reconcile with the principle that the original court's findings of fact are final and binding. As Castel and Walker, *supra*, observe, "[t]he difficulty lies in defining the extent to which the defence of fraud can be considered without reviewing the deliberations of the foreign court or reconsidering the merits of the claims or defences adjudicated in the foreign proceeding" (pp. 14-24 and 14-25).

Courts have attempted to resolve this conflict by distinguishing between the kind of fraud of which evidence will be admitted by the domestic court, and allegations of fraud which are considered to have been directly or impliedly disposed of by the foreign judgment and cannot be raised again. Different courts have drawn the line in different places. At one end of the spectrum is the very strict rule followed in *Woodruff v. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242, admitting only evidence of "extrinsic fraud" (fraud going to the jurisdiction of the court that issued the judgment, or affecting the defendant's opportunity to present her case). At the other is the liberal

of *America*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, n° ARB(AF)/98/3, 26 juin 2003, par. 4). Voir aussi J. A. Talpis, « *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?* » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001).

Dans les affaires comme celles mentionnées plus haut, le problème tient non pas à ce que le droit du ressort étranger est contraire à l'ordre public canadien, mais plutôt à ce que les faits de l'affaire ne justifient pas vraiment le montant accordé, même sous le régime du droit étranger. À mon avis, de telles questions donnent ouverture au moyen de défense fondé sur la justice naturelle et non à celui fondé sur l'ordre public.

## (2) La fraude

La fraude dont a été l'objet le tribunal qui a rendu le jugement étranger constitue un moyen de défense opposable à l'exécution de ce jugement au Canada. Le moyen de défense fondé sur la fraude se concilie difficilement avec le principe voulant que les conclusions de fait du tribunal d'origine aient force de chose jugée. Comme le font observer Castel et Walker, *op. cit.*, [TRADUCTION] « [i] est difficile de déterminer la mesure dans laquelle il est possible d'apprécier le moyen de défense fondé sur la fraude sans réexaminer les délibérations du tribunal étranger ou le bien-fondé des allégations ou des moyens de défense sur lesquels le tribunal s'est prononcé au cours de l'instance à l'étranger » (p. 14-24 et 14-25).

Les tribunaux ont tenté de résoudre ce problème en établissant une distinction entre le type de fraude dont la preuve sera admise par le tribunal national et les allégations de fraude sur lesquelles, considère-t-on, le tribunal étranger s'est prononcé directement ou implicitement dans son jugement et qui ne peuvent être réitérées. L'endroit où les tribunaux ont tracé la ligne n'est pas le même dans tous les cas. À une extrémité du spectre, on retrouve la règle très stricte appliquée dans l'affaire *Woodruff c. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242, voulant que seule soit recevable la preuve de « fraude extrinsèque » (la fraude ayant une incidence sur la compétence du

229

230

231

rule followed by the English courts in *Abouloff v. Oppenheimer* (1882), 10 Q.B.D. 295 (C.A.), and recently affirmed by the House of Lords in *Owens Bank Ltd. v. Bracco*, [1992] 2 All E.R. 193, whereby the judgment will be vitiated by evidence that the foreign court was deliberately deceived on any matter, including on the merits of the case. A middle position was taken by the Ontario Court of Appeal in *Jacobs v. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496, and in this case, where it was held that fraud can only be argued on the basis of fresh evidence that was not known, and could not have been discovered with reasonable effort, at the time of the original decision.

232 It should be noted that each of these approaches represents a compromise between the conflicting propositions that the original judgment is conclusive and that a judgment obtained by deception or based on false facts should not be enforced. Even under the permissive English rule, the foreign court's factual conclusions can only be displaced by proof of conscious and intentional deception; it is not enough to argue that the foreign court drew the wrong conclusion from the evidence. In the *Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Sm. L.C. (8th ed.) 784 (cited in *Abouloff*, *supra*, at p. 300), de Grey C.J. remarked that "although it is not permitted to show that the [foreign] Court was mistaken, it may be shown that they were misled" (p. 794). None of these compromises has an absolute claim to be the correct solution to the conundrum. What is the best approach depends on the context in which the rule is applied, and the most appropriate rule will be the one that is most conducive in the circumstances to furthering the objectives of private international law.

233 I agree with Major J. that in general the rule that the defence of fraud must be based on previously

tribunal ayant prononcé le jugement ou sur la possibilité pour le défendeur d'exposer son point de vue). À l'autre extrémité du spectre, on rencontre la règle libérale que les tribunaux anglais ont appliquée dans l'affaire *Abouloff c. Oppenheimer* (1882), 10 Q.B.D. 295 (C.A.), et que la Chambre des lords a récemment confirmée dans l'arrêt *Owens Bank Ltd. c. Bracco*, [1992] 2 All E.R. 193. Selon cette règle, le jugement est vicié s'il est prouvé que le tribunal étranger a délibérément été induit en erreur sur une question, y compris celle du bien-fondé de l'affaire. Dans l'arrêt *Jacobs c. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496, comme dans la présente affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté une solution de compromis en statuant que la fraude ne peut être invoquée qu'à la lumière de nouveaux éléments de preuve qui, à l'époque de la décision initiale, étaient inconnus et impossibles à découvrir au prix d'un effort raisonnable.

Il convient de noter que chacune de ces approches représente un compromis entre les propositions contradictoires voulant que le jugement initial soit définitif et qu'il n'y ait pas lieu d'exécuter un jugement obtenu par supercherie ou fondé sur de faux faits. Même selon la règle anglaise permissive, les conclusions de fait du tribunal étranger ne peuvent être écartées que s'il est prouvé qu'une supercherie a été commise sciemment et de propos délibéré. Il ne suffit pas d'alléguer que le tribunal étranger n'a pas tiré la bonne conclusion de la preuve. Dans l'affaire *Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Sm. L.C. (8th ed.) 784 (citée dans l'arrêt *Abouloff*, précité, p. 300), le juge en chef de Grey a fait remarquer, à la p. 794, que [TRADUCTION] « quoiqu'il ne soit pas permis de démontrer que le tribunal [étranger] a commis une erreur, on peut prouver qu'[il] a été induit en erreur ». Aucun de ces compromis ne saurait être considéré comme étant incontestablement la bonne façon de résoudre ce problème épineux. La meilleure approche dépend du contexte dans lequel la règle est appliquée, et la règle la plus appropriée est celle qui, dans les circonstances, contribue le mieux à réaliser les objectifs du droit international privé.

Je conviens avec le juge Major qu'en général la règle voulant que le moyen de défense fondé sur

undiscoverable evidence is a reasonably balanced solution. The distinction between extrinsic and intrinsic fraud is, as Major J. says, an obscure one which creates uncertainty. It is also unduly strict; as Jennings J. noted in the court below, it leaves space for the fraud defence that is not already occupied by a principled jurisdiction test and by the defence of natural justice (p. 140). On the other hand, defendants usually should not be allowed to reargue matters that they already raised before the foreign court, or chose not to raise there. These considerations suggest that the “extrinsic fraud” approach is too narrow and the “intentional fraud” approach too broad; the rule that only fresh evidence of fraud can be looked at by the enforcing court is, generally speaking, a good compromise.

I would not, however, rule out the possibility that a broader test should apply to default judgments in cases where the defendant’s decision not to participate was a demonstrably reasonable one. If the defendant ignored what it justifiably considered to be a trivial or meritless claim, and can prove on the civil standard that the plaintiff took advantage of his absence to perpetrate a deliberate deception on the foreign court, it would be inappropriate to insist that a Canadian court asked to enforce the resulting judgment must turn a blind eye to those facts. In *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218, at p. 234, Dickson J. (as he then was) observed that “[t]he aim of the Courts, in refusing recognition because of fraud, is to prevent abuse of the judicial process.” In my opinion, enforcement of a judgment that was obtained by intentionally misleading the foreign court in the kind of circumstances I have outlined could well amount to an abuse of the judicial process. In my opinion, a more generous version of the fraud defence ought to be available, as required, to address the dangers of abuse associated with the loosening of the jurisdiction test to admit a broad

la fraude ne puisse être invoqué qu’à la lumière d’éléments de preuve impossibles à découvrir antérieurement représente un juste milieu raisonnable. Comme l’affirme le juge Major, la distinction entre la fraude extrinsèque et la fraude intrinsèque est une distinction obscure qui crée de l’incertitude. Elle est également trop stricte; comme le juge Jennings l’a fait remarquer en première instance, la place qu’elle fait au moyen de défense fondé sur la fraude n’est pas déjà occupée par un critère de compétence fondé sur des principes et par le moyen de défense fondé sur la justice naturelle (p. 140). Par ailleurs, les défendeurs ne devraient généralement pas être admis à débattre à nouveau des questions qu’ils ont déjà soulevées devant le tribunal étranger ou qu’ils avaient décidé de ne pas y soulever. Ces facteurs indiquent que l’approche fondée sur la « fraude extrinsèque » demeure trop restrictive et que celle fondée sur la « fraude commise de propos délibéré » devient trop large. De façon générale, la règle voulant que le tribunal saisi puisse examiner seulement une nouvelle preuve de fraude représente un bon compromis.

Cependant, je n’écarterais pas la possibilité d’appliquer un critère plus large aux jugements par défaut dans les situations où la décision du défendeur de ne pas participer à l’instance était manifestement raisonnable. Dans le cas où le défendeur n’a pas réagi à ce qu’il considérait, à juste titre, comme étant une demande futile et dénuée de fondement, et où il peut prouver, selon la norme applicable en matière civile, que le demandeur a profité de son absence pour délibérément induire en erreur le tribunal étranger, on serait malvenu de soutenir qu’un tribunal canadien saisi d’une demande d’exécution du jugement qui a résulté doit fermer les yeux sur ces faits. Dans l’arrêt *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218, p. 234, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a d’ailleurs signalé qu’« [e]n refusant de reconnaître les jugements entachés de fraude, les tribunaux essaient d’empêcher que l’on abuse du système judiciaire. » Selon moi, l’exécution d’un jugement que l’on a obtenu en induisant délibérément en erreur le tribunal étranger, dans des circonstances comme celles que j’ai exposées, pourrait bien constituer un abus du système judiciaire. J’estime que l’on devrait

category of formerly unenforceable default judgments.

(3) Natural Justice

235 A foreign judgment will not be enforced in Canada if the foreign proceedings were contrary to natural justice. The defence concerns the procedure by which the foreign court reached its decision. The clearest examples of a deprivation of natural justice occur when the defendant lacks notice of the foreign proceedings or an opportunity to present his case to the court.

236 In my opinion, two developments should be recognized in connection with this defence. First, the requirements of notice and a hearing should be construed in a purposive and flexible manner. Secondly, substantive principles of justice should also be included in the scope of the defence. The ultimate inquiry is always whether the foreign judgment was obtained in a manner that was fair to the defendant and consistent with basic Canadian notions of justice.

237 The purposive interpretation of the notice requirement was addressed in some detail by Weiler J.A. in her dissenting opinion in the court below ((2001), 54 O.R. (3d) 641). The notice requirement is based on “the underlying fundamental principle of justice that defendants have a right to know the case against them and to make an informed decision as to whether or not to present a defence” (pp. 675-76).

238 Notice is adequate when the defendant is given enough information to assess the extent of his or her jeopardy. This means, among other things, that the defendant should be made aware of the approximate amount sought. Canadian procedural rules require that the amount of damages claimed be stated in the pleadings (Weiler J.A., at p. 676). This is not

pouvoir invoquer une version plus généreuse du moyen de défense fondé sur la fraude lorsque cela s’avère nécessaire pour réduire les risques d’abus liés à l’assouplissement du critère de compétence qui permet désormais la reconnaissance d’une large catégorie de jugements par défaut auparavant inexécutoires.

(3) La justice naturelle

Un jugement étranger ne sera pas exécuté au Canada si l’instance à l’étranger a violé les règles de justice naturelle. Le moyen de défense dont il est ici question vise la procédure que le tribunal étranger a suivie pour rendre sa décision. Les cas les plus évidents de déni de justice naturelle sont ceux où le défendeur n’est pas avisé des procédures à l’étranger ou n’a pas la possibilité d’exposer son point de vue devant le tribunal.

À mon avis, ce moyen de défense doit être remanié sous deux aspects. Premièrement, les exigences en matière d’avis et d’audience doivent recevoir une interprétation téléologique et souple. Deuxièmement, ce moyen de défense doit également englober les principes de justice substantiels. En définitive, il s’agit toujours de déterminer si le jugement étranger a été obtenu d’une manière à la fois équitable pour le défendeur et conforme aux notions de justice fondamentales canadiennes.

Dans ses motifs dissidents en Cour d’appel ((2001), 54 O.R. (3d) 641), la juge Weiler a soumis à un examen assez approfondi la question de l’interprétation téléologique de l’obligation de donner avis. Cette obligation repose sur [TRADUCTION] « le principe de justice fondamentale voulant que les défendeurs aient le droit de connaître ce qui leur est reproché et de prendre une décision éclairée quant à savoir s’ils présenteront ou non une défense » (p. 675-676).

L’avis est suffisant lorsque le défendeur reçoit assez de renseignements pour pouvoir mesurer l’ampleur du risque auquel il est exposé. Cela signifie, notamment, que le défendeur doit être informé du montant approximatif réclamé. Les règles de procédure canadiennes exigent que les actes de procédure précisent le montant des dommages-intérêts



the rule in all jurisdictions, and notice will still be adequate even where the pleadings do not conform to Canadian standards as long as the defendant is informed in some other way of the amount in issue.

A requirement of particular relevance to this appeal is that adequate notice must include alerting the defendant to the consequences of any procedural steps taken or not taken, to the extent that those consequences would not be reasonably apparent to someone in the defendant's position. The claimant bears a certain responsibility for ensuring that a defendant who is not reasonably in a position to understand the particular workings of the foreign process does not inadvertently give up defences or waive rights as a result.

Proper notice also requires alerting the defendant to the allegations that will be adjudicated at trial. The defendant must be informed, by the pleadings or otherwise, of the basis on which damages are sought and the case to be answered. As Weiler J.A. noted, if in fact damages are assessed "beyond the pleadings", then the defendant will not have had true notice of what would take place in the proceedings and will have been deprived of the opportunity to make an informed decision as to whether to participate (p. 676).

Authority for the proposition that natural justice comprises substantive principles of justice, as well as minimum procedural standards, is to be found in the judgment of the English Court of Appeal in *Adams v. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929, the leading English case on the enforcement of foreign judgments. The judgment sought to be enforced in that case originated in Texas and arose from a complex asbestos-poisoning action involving numerous plaintiffs and defendants. Damages were assessed in a rather unconventional way. On the suggestion of plaintiffs' counsel, the judge arrived at a global amount of damages to be distributed among

réclamés (la juge Weiler, p. 676). Ce n'est pas le cas dans tous les ressorts et, pourvu que le défendeur soit informé de quelque autre manière du montant réclamé, l'avis sera suffisant même si les actes de procédure ne respectent pas les normes canadiennes.

Une exigence particulièrement pertinente en l'espèce veut que, pour être suffisant, l'avis doive prévenir le défendeur des conséquences de toutes les démarches procédurales effectuées ou non effectuées, dans la mesure où ces conséquences ne seraient pas raisonnablement évidentes pour une personne dans la situation du défendeur. Jusqu'à un certain point, il incombe au demandeur d'éviter qu'un défendeur qui n'est pas raisonnablement en mesure de comprendre les particularités de la procédure étrangère renonce par inadvertance à des moyens de défense et, par le fait même, à des droits.

L'avis doit également prévenir le défendeur des allégations qui seront examinées et tranchées au procès. Le défendeur doit être informé, au moyen des actes de procédure ou autrement, des raisons pour lesquelles des dommages-intérêts sont réclamés, ainsi que de la preuve à réfuter. Comme la juge Weiler l'a souligné, si, en réalité, les dommages-intérêts sont évalués [TRADUCTION] « après la signification des actes de procédure », le défendeur n'est pas alors véritablement avisé de ce qui se passera au cours de l'instance et n'est pas non plus en mesure de prendre une décision éclairée quant à savoir s'il participera ou non (p. 676).

La proposition voulant que la justice naturelle englobe les principes de justice substantiels ainsi que des normes procédurales minimales trouve appui dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *Adams c. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929, qui est l'arrêt de principe en matière d'exécution des jugements étrangers en Angleterre. Dans cette affaire, le jugement dont on sollicitait l'exécution émanait du Texas et découlait d'une action complexe en matière d'empoisonnement à l'amiante, à laquelle avaient participé de nombreux demandeurs et défendeurs. L'évaluation des dommages-intérêts avait été effectuée d'une manière assez peu conventionnelle. À la

239

240

241

the plaintiffs in fixed amounts which were not based on proof of the damages suffered by each individual plaintiff. This method of calculating damages was held by the English court to be contrary to natural justice because it was “not the result of a judicial assessment of the individual entitlements of the respective plaintiffs” and because no proper judicial hearing had been held on the quantum of damages (*Adams, supra*, at p. 1042). Slade L.J. held that it was a principle of substantive justice that unliquidated damages must be assessed “objectively by the independent judge on proof by the plaintiff of the relevant facts” (p. 1050).

suggestion de l’avocat des demandeurs, le juge avait fixé un montant global de dommages-intérêts qu’il avait réparti en parts fixes entre les demandeurs, sans se fonder sur une preuve du préjudice qu’ils avaient respectivement subi. La cour anglaise a jugé que cette méthode de calcul des dommages-intérêts violait les règles de justice naturelle du fait qu’elle [TRADUCTION] « ne consistait pas en une évaluation judiciaire de ce à quoi chaque demandeur avait droit respectivement », et qu’aucune audience judiciaire régulière n’avait porté sur le montant des dommages-intérêts (*Adams*, précité, p. 1042). Le lord juge Slade a alors conclu qu’un principe de justice substantielle voulait que les dommages-intérêts non déterminés soient évalués [TRADUCTION] « objectivement par le juge indépendant après la présentation d’une preuve des faits pertinents par le demandeur » (p. 1050).

242 *Adams* sets out a flexible and pragmatic approach to the natural justice defence which is appropriate for the Canadian context following *Morguard*. I agree with the English Court of Appeal that the defence can be triggered by principles of substantive justice, such as the proposition that damages should be based on objective proof and judicial assessment. In Weiler J.A.’s words, “the ultimate guidepost in deciding whether the defence of natural justice may be raised is procedural fairness based on underlying fundamental principles of justice” (p. 675). The category is not closed. If a defendant can establish that the process by which the foreign judgment was obtained was contrary to the Canadian conception of natural justice — because the process itself is flawed, by reason of the way the plaintiff manipulated the process, or both — then the foreign judgment should not be enforced.

L’arrêt *Adams* applique au moyen de défense fondé sur la justice naturelle une approche à la fois souple, pragmatique et adaptée au contexte canadien postérieur à l’arrêt *Morguard*. Je conviens avec la Cour d’appel d’Angleterre que les principes de justice substantielle — comme celui voulant que les dommages-intérêts soient fondés sur une preuve objective et une évaluation judiciaire — peuvent permettre d’invoquer ce moyen de défense. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Weiler, [TRADUCTION] « l’équité procédurale fondée sur les principes de justice fondamentale est la balise par excellence en matière de décision relative à la possibilité d’invoquer le moyen de défense fondé sur la justice naturelle » (p. 675). Cette catégorie n’est pas exhaustive. Il n’y a pas lieu d’exécuter le jugement étranger lorsque le défendeur peut établir que la procédure suivie pour l’obtenir était contraire à la notion canadienne de justice naturelle — du fait qu’elle est elle-même viciée ou à cause de l’utilisation qu’en a fait le demandeur, ou les deux à la fois.

243 Weiler J.A. understood La Forest J.’s allusion to “fair process” in *Morguard* to refer to the rules of natural justice (p. 671). My colleague Major J. also appears to be of this opinion when he states, under the heading of “The Defence of Natural Justice”, that the enforcing court must ensure that the judgment originates from a fair legal system (para. 61).

La juge Weiler a considéré que, lorsqu’il fait allusion à « l’équité de la procédure » dans l’arrêt *Morguard*, le juge La Forest parle, en fait, des règles de justice naturelle (p. 671). Mon collègue le juge Major paraît être du même avis lorsqu’il déclare, sous la rubrique « Le moyen de défense fondé sur la justice naturelle », que le tribunal saisi doit s’assurer

While these concepts are certainly related, in my view there is a meaningful distinction between the fairness of the legal system from which the judgment came and the fairness of the procedure followed in the particular case. Slade L.J. underlined this distinction in *Adams, supra*, when he observed that the Texas judgment originated from “an unimpeachable system of justice within one of the great common law jurisdictions of the world” (p. 1048). The defendants in *Adams* argued not that the judgment was a product of an unfair system of justice, but that the judge’s method of assessing damages did not comply with the rules of that system.

I would also note that La Forest J. expressly stated, in *Morguard, supra*, at p. 1103, that “fair process is not an issue within the Canadian federation”. I would not take this to mean that the defence of natural justice can never be available against enforcement of a Canadian judgment. Although the justice system in Canada is fair, it is possible for failures of the system to occur in individual cases. For these reasons, I would hold that the “fair process” referred to in *Morguard* means a legal system that is free from corruption and bias — a requirement which, it seems to me, is relevant to the questions of whether the foreign court’s jurisdiction should be recognized at all. The defence of natural justice, on the other hand, is concerned with whether the procedural steps followed in the particular case ensured that the defendant was treated with basic fairness.

Finally, the obligation of a defendant to pursue remedies available in the originating jurisdiction must be addressed. In *Adams, supra*, Slade L.J. held that opportunities for correcting a denial of natural justice that existed in the originating jurisdiction should be taken into account in assessing whether the defence of natural justice has been made out. It does not follow that the existence of such remedies automatically cures a failure of natural justice. Slade L.J. also recognized that the significance and weight

que le jugement émane d’un régime juridique équitable (par. 61). En dépit des liens indéniables entre ces notions, j’estime qu’il existe une différence significative entre l’équité du régime juridique d’où émane le jugement et l’équité de la procédure suivie dans l’affaire en cause. Le lord juge Slade a souligné cette différence dans l’arrêt *Adams*, précité, en faisant observer que le jugement du Texas émanait [TRADUCTION] « d’un système judiciaire irréprochable de l’un des plus grands ressorts de common law qui existe » (p. 1048). Dans l’arrêt *Adams*, les défendeurs ont soutenu non pas que le jugement émanait d’un système judiciaire inéquitable, mais plutôt que le juge avait utilisé une méthode d’évaluation des dommages-intérêts non conforme aux règles de ce système.

J’ajoute que, dans l’arrêt *Morguard*, précité, p. 1103, le juge La Forest a expressément déclaré que « l’équité de la procédure n’est pas en cause à l’intérieur de la fédération canadienne ». Selon moi, cela ne signifie pas qu’il n’est jamais possible d’opposer le moyen de défense fondé sur la justice naturelle à l’exécution d’un jugement prononcé au Canada. Bien que le système judiciaire canadien soit équitable, il se peut, dans certains cas, qu’il n’offre pas ce qu’on est en droit d’attendre de lui. Pour ces raisons, je conclus que « l’équité de la procédure » mentionnée dans l’arrêt *Morguard* s’entend d’un régime juridique libre de toute corruption et de tout parti pris — une exigence qui me semble utile pour décider s’il y a tout simplement lieu de reconnaître la compétence du tribunal étranger. Par contre, le moyen de défense fondé sur la justice naturelle touche à la question de savoir si la procédure suivie dans l’affaire en cause a permis au défendeur d’être traité avec un minimum d’équité.

Enfin, il faut examiner la question de l’obligation du défendeur d’exercer les recours disponibles dans le ressort d’origine. Dans l’arrêt *Adams*, précité, le lord juge Slade a conclu que, pour décider si le moyen de défense fondé sur la justice naturelle peut être invoqué, il convient de tenir compte de la possibilité qu’il y avait, dans le ressort d’origine, d’exercer des recours destinés à corriger un déni de justice naturelle. Il ne s’ensuit pas que l’existence de tels recours porte remède automatiquement aux

244

245

of the fact that remedies were available in the originating forum must be assessed in light of all the relevant factors, including “the reasonableness in the circumstances of requiring or expecting that [the defendants] made use of the remedy in all the particular circumstances” (pp. 1052-53).

D. *Application of the Impeachment Defences to the Facts of this Case*

(1) Public Policy

246

If the defence of public policy is understood as a bar to enforcing immoral or unjust foreign laws, it is not met here. The enforcement of such a large award in the absence of a connection either to harm suffered by the plaintiffs and caused by the defendants or to conduct deserving of punishment on the part of the defendants would be contrary to basic Canadian ideas of justice. But there is no evidence that the law of Florida offends these principles. On the contrary, the record indicates that Florida law requires proof of damages in the usual fashion. Treble damages are only available by statute to victims of crimes. There is no indication that punitive damages are available where the defendant’s conduct is not morally blameworthy.

247

In my view, the defects in the judgment, while severe, do not engage the public policy defence.

(2) Fraud

248

Under the rule that an allegation of fraud can only be considered if based on fresh evidence, the defence of fraud is not made out. All the facts that the appellants raise in this connection were known to them or could have been discovered at the time of the Florida action.

conséquences d’un déni de justice naturelle. Le lord juge Slade a ainsi reconnu que la portée et l’importance du fait que des recours pouvaient être exercés dans le ressort d’origine doivent être appréciés à la lumière de tous les facteurs pertinents, notamment [TRADUCTION] « la question de savoir s’il était raisonnable, dans les circonstances, d’exiger que [les défendeurs] exercent le recours dont ils disposaient, ou de s’attendre qu’ils le feraient » (p. 1052-1053).

D. *Application aux faits de la présente affaire des défenses consistant à attaquer la validité du jugement*

(1) L’ordre public

Si on perçoit le moyen de défense fondé sur l’ordre public comme un obstacle à l’application des lois étrangères immorales ou inéquitables, il n’est pas possible de l’invoquer en l’espèce. À défaut d’un lien soit avec un préjudice causé aux demandeurs par les défendeurs, soit avec une conduite des défendeurs qui mérite d’être punie, l’exécution d’un jugement accordant un montant de dommages-intérêts aussi élevé serait contraire aux notions de justice fondamentales canadiennes. Cependant, rien ne prouve que le droit de la Floride viole ces principes. Au contraire, le dossier indique que le droit de la Floride exige que la preuve du préjudice soit faite de la manière habituelle. La loi limite aux victimes d’acte criminel la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts triples. Rien n’indique qu’il est possible d’obtenir des dommages-intérêts punitifs lorsque la conduite du défendeur n’est pas moralement répréhensible.

À mon avis, les vices du jugement, si graves soient-ils, ne donnent pas ouverture au moyen de défense fondé sur l’ordre public.

(2) La fraude

Compte tenu de la règle prévoyant qu’une allégation de fraude ne peut être examinée que si elle repose sur de nouveaux éléments de preuve, le moyen de défense fondé par la fraude n’est pas recevable en l’espèce. Tous les faits que les appelants évoquent à l’appui de ce moyen de défense étaient connus d’eux ou auraient pu être découverts à l’époque de l’action en Floride.

A further issue arises as to whether evidence of deliberate deception would be enough to vitiate the judgment. In my opinion, this is the kind of case for which a more lenient interpretation of the fraud defence would, in principle, be appropriate, because the appellants' decision not to attend the Florida proceedings was a reasonable one. Full participation in the Florida action would have been expensive, time-consuming and difficult. The appellants' own knowledge of the facts convinced them that the claim was frivolous, to say the least; they were amazed that it even resulted in a lawsuit. They thought, and they had every reason to think, that even if the claim succeeded they would be liable for no more than about US\$8,000. Their conclusion that "the game was not worth the candle" was reasonable in the circumstances. Mr. Mulock testified that the defendants' non-participation might well have qualified as "excusable neglect" under Florida law due to the weakness of the claim and the fact that the defendants were foreign residents, among other factors. I see no reason why our law should deem these factors to be irrelevant.

If, in these circumstances, the plaintiffs took advantage of the opportunity to deceive the court by putting forward perjured or misleading evidence in order to obtain a higher award of damages, it would be unfair and contrary to the interests of the Canadian justice system for our courts to be obliged to enforce the judgment in spite of the fact that it was obtained by deception. Such conduct by counsel for the Florida plaintiffs would be contrary to the ethical obligations of Ontario lawyers to pursue their clients' interests by fair and honourable means and without misrepresentation of the facts, and Ontario courts should not be put in the position of having to reward that conduct handsomely when the perpetrator is a lawyer in another jurisdiction.

The difficulty the appellants face is that there is no evidence that anything of this kind happened,

249

Il faut alors également se demander si la preuve d'une supercherie commise de propos délibéré suffirait pour vicier le jugement. À mon avis, nous sommes en présence d'un cas où il conviendrait, en principe, de donner une interprétation plus généreuse du moyen de défense fondé sur la fraude, parce que la décision des appelants de ne pas participer aux procédures en Floride était raisonnable. En plus d'être onéreuse sur les plans du temps et de l'argent, leur pleine participation à l'action intentée contre eux en Floride aurait comporté une part de difficultés. En raison des faits qu'ils connaissent, les défendeurs étaient persuadés que la demande en question était pour le moins frivole. Ils étaient même étonnés de constater qu'elle avait donné lieu à des poursuites en justice. Ils ont cru, et avaient toutes les raisons de croire, que même si les demandeurs avaient gain de cause, ils seraient tout au plus tenus de verser 8 000 \$US. Leur conclusion que [TRADUCTION] « le jeu n'en valait pas la chandelle » demeurait raisonnable dans les circonstances. Maître Mulock a affirmé que la non-participation des défendeurs aurait bien pu être qualifiée de [TRADUCTION] « négligence excusable » en droit de la Floride, à cause notamment de la faiblesse des allégations et du fait qu'ils résidaient à l'étranger. Je ne vois pas pourquoi notre droit devrait considérer que ces facteurs ne sont pas pertinents.

250

Si les demandeurs ont profité de ces circonstances pour induire le tribunal en erreur au moyen de parjures ou de tromperies dans le but d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés, il serait inéquitable et contraire aux intérêts du système judiciaire canadien que nos tribunaux soient tenus d'exécuter le jugement même dans le cas où il a été obtenu par supercherie. Une telle conduite de la part de l'avocat des demandeurs en Floride contredirait les principes du code de déontologie des avocats ontariens qui les obligent à défendre les intérêts de leurs clients par des moyens équitables et honnêtes, sans faire de présentation inexacte des faits. En outre, les tribunaux de l'Ontario ne devraient pas être tenus de récompenser généreusement une pareille conduite, même lorsque son auteur exerce dans un autre ressort.

251

La difficulté à laquelle se heurtent les appelants tient à ce que rien ne prouve que quelque chose du

because no record exists of the evidence and arguments put forward in the Florida damages hearing. Given the jury's findings, it is certainly a possibility, perhaps a strong possibility, that they were deliberately misled, but there are other possible explanations — for example, the plaintiffs may have presented only true facts and the jury might have misunderstood how the law applied to those facts. The allegation of fraud is a serious one, and the onus remains on the appellants to support it. It is significant that the appellants did not use their opportunity to question Mr. Beals or Mr. Groner, either in discovery or at trial, as to what was said in the damages hearing. Given the lack of evidence, even on the view that this judgment could be vitiated by proof of intentional fraud, the defence has not been made out. I agree with Major J. that the trial judge's findings of fact that the plaintiffs deliberately misled the jury are unsupported by the evidence and should not be upheld. The defence of fraud therefore does not apply. Natural justice, though, is a different matter.

### (3) Natural Justice

252

The Ontario defendants were not given sufficient notice of the extent and nature of the claims against them in the Florida action. The claimants failed to give the defendants proper notice of the true nature of their claim and its potential ramifications. Furthermore, there was no notice as to the serious consequences to the defendants of failure to refile their defence in response to the claimant's repeatedly amended pleadings. As a result, the notice afforded to the defendants did not meet the requirements of natural justice.

253

The amount of damages claimed was not stated in the Amended Complaint. The only mention of a monetary amount was the formulaic reference to

genre s'est produit, vu l'absence de dossier faisant état des éléments de preuve et des arguments présentés en Floride lors de l'audience relative aux dommages-intérêts. Toutefois, à la lumière des conclusions qu'il a tirées, il y a de bonnes chances, voire même de fortes chances, que le jury ait été délibérément induit en erreur. Cependant, il existe d'autres explications possibles; par exemple, il se peut que les demandeurs n'aient présenté que des faits véridiques et que le jury ait mal compris la façon d'appliquer la loi à ces faits. L'allégation de fraude constitue une allégation grave et il appartient aux appelants de l'étayer. Fait révélateur, ceux-ci n'ont pas saisi l'occasion que leur offraient l'interrogatoire préalable et le procès pour interroger M. Beals ou M<sup>e</sup> Groner sur ce qui s'était dit à l'audience relative aux dommages-intérêts. En l'absence de preuve, il n'est pas possible d'invoquer ce moyen de défense même en tenant pour acquis que le jugement serait vicié si on pouvait établir l'existence d'une fraude commise de propos délibéré. Je partage l'avis du juge Major que, parce qu'elles ne sont pas étayées par la preuve, on ne peut retenir les conclusions de fait du juge de première instance selon lesquelles les demandeurs ont délibérément induit en erreur le jury. Le moyen de défense fondé sur la fraude ne peut donc pas être invoqué. Toutefois, il en va tout autrement en ce qui concerne la justice naturelle.

### (3) La justice naturelle

Les défendeurs ontariens n'ont pas suffisamment été avertis de l'étendue et de la nature des allégations formulées contre eux dans le cadre de l'action intentée en Floride. Les demandeurs n'ont pas informé correctement les défendeurs de la véritable nature de leur demande et des conséquences qu'elle pourrait entraîner. Les défendeurs n'ont pas non plus été avisés des risques sérieux auxquels les exposerait le défaut de déposer de nouveau leur défense pour répondre aux actes de procédure maintes fois modifiés des demandeurs. Par conséquent, l'avis donné aux défendeurs ne satisfaisait pas aux exigences de la justice naturelle.

La plainte modifiée n'indiquait pas le montant des dommages-intérêts réclamés. Le seul montant indiqué se trouvait dans la mention des

damages over \$5,000 required to give the Florida Circuit Court monetary jurisdiction. This form of pleading did not give the defendants a clear picture of what was at stake. Indeed, Mr. Groner testified that as a matter of Florida practice they were expected to find out exactly what was being claimed through discovery.

Nor did the Amended Complaint set out with any precision the allegations on the basis of which damages, beyond the sale price of the land, were claimed. There is reference to construction costs and lost revenue, but none to the plaintiffs' assertion that the planned model home was to be rented to their company, Fox Chase Homes, and used to obtain further construction contracts. In fact, there is no mention at all of Fox Chase Homes. As Weiler J.A. noted, the plaintiffs could easily have provided the defendants with a copy of Mr. Beals's deposition, where he explained these matters, and thus ensured that the defendants were aware that significant business losses were being claimed (p. 677). But the plaintiffs failed to alert the defendants to the peril they faced in this or any other way.

Perhaps the most important failure of natural justice in this case is the fact that the defendants were not given notice of the consequences of failing to continue to file new defences to the repeated changes to the Amended Complaint. There was nothing on the face of the Amended Complaint that would alert them to the need to refile, especially since the allegations against them remained unaltered. The annulment of their defence resulted from a technicality of Florida procedure of which defendants from a foreign jurisdiction could hardly be expected to be aware. Again, the plaintiffs could easily have advised them that a new defence was required, but they did not. The defendants had no warning of the danger in which they placed themselves simply by assuming that their initial defence was, as it appeared to be, an adequate response to the Amended Complaint. Not only did they lack the information they needed to assess whether or not

dommages-intérêts supérieurs à 5 000 \$ requise pour que la Cour de circuit de la Floride ait compétence. Cette forme d'acte de procédure ne donnait pas aux défendeurs une idée précise de ce qui était en jeu. En fait, M<sup>c</sup> Groner a témoigné que, conformément à une règle de pratique de la Floride, on s'attendait à ce que les défendeurs prennent connaissance du montant exact de la réclamation à l'interrogatoire préalable.

La plainte modifiée ne précisait pas non plus les allégations qui sous-tendaient la réclamation de dommages-intérêts supérieurs au prix de vente du terrain. Elle faisait état des coûts de construction et de la perte de revenus, mais non de l'affirmation des demandeurs que la maison-témoin projetée serait louée à leur société, la Fox Chase Homes, et servirait à obtenir d'autres contrats de construction. En réalité, il n'y est absolument pas question de la Fox Chase Homes. Comme l'a fait remarquer la juge Weiler, les demandeurs auraient pu aisément fournir aux défendeurs une copie de la déposition contenant ces explications de M. Beals et, par le fait même, s'assurer que les défendeurs sauraient qu'un montant élevé leur était réclamé pour des pertes d'entreprise (p. 677). Cependant, les demandeurs n'ont pas prévenu les défendeurs du risque auquel ils étaient exposés à cet égard ou à tout autre égard.

En l'espèce, le déni de justice naturelle le plus grave tient peut-être au fait que les défendeurs n'ont pas été informés des conséquences que pourrait entraîner leur défaut de déposer de nouveau leur défense chaque fois que la plainte modifiée était modifiée de nouveau. A priori, la plainte modifiée ne les prévenait pas de la nécessité de déposer de nouveau leur défense, d'autant plus que les allégations formulées contre eux restaient les mêmes. L'annulation de leur défense résultait d'un détail de la procédure de la Floride, que des défendeurs dans un ressort étranger n'étaient guère réputés connaître. Là encore, les demandeurs auraient pu facilement avertir les défendeurs de la nécessité de produire une nouvelle défense, mais ils ne l'ont pas fait. Les défendeurs n'ont pas été prévenus du risque auquel ils seraient exposés s'ils se contentaient de présumer que leur défense initiale se révélerait une réponse suffisante à la plainte modifiée. Non seulement ne

254

255

they should defend; their failure to defend was not in any genuine sense a product of their own volition.

256

A foreign plaintiff who expects to have a judgment in his or her favour enforced by a Canadian court has a responsibility to ensure that the defendant is in a position to make an informed decision about how to respond. If the defendant can show that the plaintiff failed to discharge that responsibility, the court should refuse to enforce the judgment on the basis that the defendant was deprived of proper notice, a basic condition of natural justice. In this case, the Florida claimants should have notified the appellants of the steps they could take after new versions of the Amended Complaint were filed and, more importantly, of the consequences of not taking those steps. Because they failed to do so, the appellants were unaware of the danger that their defence would lapse.

257

I would also note that in this case it appears that the judgment may have offended substantive principles of natural justice of the kind addressed in *Adams, supra*. It seems likely that the quantum of damages was fixed without proof that damages flowed from harm suffered by the plaintiffs as a result of the defendants' actions, and that punitive damages were awarded without demonstration of conduct on the defendants' part that was deserving of punishment. The problem, again, is that we do not know what was offered in evidence in the damages hearing in Florida. The conclusion seems all but inescapable that one of two things happened: either the Florida court was presented with false evidence on the damages issue, or it reached its conclusion without a proper judicial assessment of the conditions required, both by Florida law and as a matter of natural justice, to support an award of unliquidated damages. But because there is no transcript of the damages hearing and no other clear evidence of what took place there, neither scenario has been proven.

possédaient-ils pas toute l'information requise pour décider s'ils se défendraient ou non, mais encore l'omission de se défendre n'était pas vraiment déli-  
bérée de leur part.

Un demandeur étranger qui s'attend à ce qu'un tribunal canadien exécute un jugement prononcé en sa faveur doit s'assurer que le défendeur est en mesure de prendre une décision éclairée sur la réponse qu'il donnera. Si le défendeur peut démontrer que le demandeur ne s'est pas acquitté de cette obligation, le tribunal doit alors refuser d'exécuter le jugement pour le motif que le défendeur n'a pas été informé correctement, contrairement à une exigence fondamentale de la justice naturelle. En l'espèce, les demandeurs en Floride auraient dû aviser les appelants des mesures qu'ils pourraient prendre à la suite du dépôt d'autres versions de la plainte modifiée et, qui plus est, des conséquences qu'entraînerait leur défaut de prendre ces mesures. En l'absence d'un tel avertissement, les appelants n'étaient pas conscients du risque que leur défense tombe en désuétude.

Je tiens également à souligner la possibilité qu'en l'espèce le jugement ait violé des règles substantielles de justice naturelle comme celles examinées dans l'arrêt *Adams*, précité. Il semble probable que le montant des dommages-intérêts a été fixé sans qu'il ait été établi que les actes des défendeurs avaient causé un préjudice aux demandeurs, et que les dommages-intérêts punitifs ont été accordés sans qu'on ait démontré que la conduite des défendeurs méritait d'être punie. Là encore, le problème tient au fait que nous ignorons la nature de la preuve présentée en Floride lors de l'audience relative aux dommages-intérêts. Force, semble-t-il, est de conclure que l'un des deux scénarios suivants a pris place : le tribunal de la Floride a soit entendu des faux témoignages sur la question des dommages-intérêts, soit tiré sa conclusion après avoir mal évalué les conditions qui, selon la loi de la Floride et les règles de justice naturelle, devaient être remplies pour qu'il puisse accorder des dommages-intérêts non déterminés. Cependant, il a été impossible d'établir l'existence de l'un ou l'autre de ces scénarios en l'absence de transcription des débats de l'audience relative aux dommages-intérêts et de preuve claire de ce qui s'y est passé.



A deficiency in the fairness of the procedure by which the Florida court reached its decision having been established, the availability of remedies for that deficiency in Florida falls to be considered. The defendants did have options for correcting the problem in Florida. They could have moved for relief based on excusable neglect, or appealed. They did not avail themselves of those remedies.

What this means for the appellants' entitlement to rely on the natural justice defence must be ascertained by considering the reasonableness in all the circumstances of requiring them to make use of the remedies available in Florida. We must look at the reasons why they decided not to go to Florida to attack the judgment, but chose instead to trust that the Ontario courts would not enforce it.

The defendants' main reason for deciding as they did was that they were following the advice (which turned out to be erroneous) of legal counsel. They were told that if they went to Florida to challenge the judgment, Ontario courts would regard them as having attorned to Florida's jurisdiction and would be more likely to enforce the judgment against them. Given the information they had, the decision not to take steps in Florida was not only understandable but the only sensible option.

The majority appears to be of the view that the appellants are not entitled to any relief from the consequences of relying on mistaken legal advice. In my view, the mere fact that a defendant has received mistaken legal advice should not operate to relieve the claimant entirely of the consequences of a significant or substantial failure to observe the rules of natural justice, and it should not, in itself, bar the appellants from relying on this defence. I agree with Weiler J.A. that the reasonableness of expecting a defendant to use a remedy in a foreign jurisdiction must be assessed from that person's point of view. If the defendants were under a misapprehension as a result of reasonable reliance on the advice of counsel as to the relative risks of the options open

Après avoir démontré que la procédure que le tribunal de la Floride a suivie pour arriver à sa décision était inéquitable, il reste à examiner les recours qui pouvaient alors être exercés. Les défendeurs avaient la possibilité de remédier au problème en Floride soit en plaidant la négligence excusable pour faire annuler le jugement rendu par défaut contre eux, soit en portant ce jugement en appel. Cependant, ils n'ont pas exercé ces recours.

Pour déterminer l'incidence du défaut d'exercer ces recours sur le droit des appelants d'invoquer la justice naturelle comme moyen de défense, il faut décider si, dans les circonstances, il aurait été raisonnable de les obliger à exercer les recours disponibles en Floride. On doit se demander pourquoi ils ont choisi non pas de se rendre en Floride pour contester le jugement, mais plutôt de compter sur son inexécution par les tribunaux ontariens.

La décision des défendeurs était surtout motivée par les conseils — qui se sont, par la suite, révélés erronés — obtenus auprès d'un conseiller juridique. Celui-ci leur avait donné l'opinion que, s'ils allaient contester le jugement en Floride, les tribunaux ontariens considéraient cela comme un acquiescement à la compétence du tribunal de la Floride et seraient plus susceptibles d'exécuter le jugement prononcé contre eux. Compte tenu de ce qu'ils savaient, leur décision de s'abstenir d'entreprendre des démarches en Floride était non seulement compréhensible, mais encore représentait le seul choix raisonnable.

Les juges majoritaires semblent être d'avis que les appelants ne sauraient d'aucune manière échapper aux conséquences de leur décision de suivre des conseils juridiques erronés. Selon moi, le simple fait qu'un défendeur ait reçu des conseils juridiques erronés ne devrait ni soustraire le demandeur à toutes les conséquences d'une violation importante ou substantielle des règles de justice naturelle, ni empêcher, en soi, les appelants d'invoquer ce moyen de défense. Je souscris à l'opinion de la juge Weiler selon laquelle il faut se placer du point de vue du défendeur pour décider si on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il exerce un recours dans un ressort étranger. S'il était raisonnable que les défendeurs ajoutent foi à l'opinion qu'un avocat leur avait

258

259

260

261

to them, their assessment of the risks should not for that reason be discounted. This Court recognized in *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 516, that a party should not be penalized for an error which is solely that of counsel, where the party itself has acted with diligence. This is not to say that a lawyer's mistake will always be an excuse for not participating in foreign proceedings. The totality of the circumstances must be examined. In this case, the appellants did their best to deal with the dispute conscientiously. In retrospect, it seems that applying for relief in the Florida court would have been a wiser choice, but no reasonable person in their position would have thought so at the time the choice was made.

donnée au sujet des risques relatifs que comportaient les choix qui s'offraient à eux, il faut alors éviter de minimiser l'importance de leur mauvaise évaluation des risques auxquels ils étaient exposés. Dans l'arrêt *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516, notre Cour a reconnu que la partie qui a elle-même agi avec diligence ne doit pas être pénalisée pour une erreur commise uniquement par son avocat. Cela ne signifie pas que l'erreur d'un avocat excuse, dans tous les cas, la non-participation à une instance à l'étranger. Il faut examiner l'ensemble des circonstances. En l'espèce, les appelants ont fait de leur mieux pour conclure ce litige de manière raisonnable. Avec le bénéfice du recul, il semble qu'il aurait été plus sage d'exercer un recours devant le tribunal de la Floride, mais aucune personne raisonnable se trouvant dans la situation des appelants n'aurait pu le croire à l'époque où ils ont fait leur choix.

262

A second factor relevant to the appellants' decision not to make use of remedies in Florida is their knowledge of the circumstances that would entitle them to such a remedy. In *Adams, supra*, the defendants' failure to appeal the judgment in Texas was not dispositive, because the procedural irregularities that would have formed the basis of an appeal were not apparent on the face of the judgment. The only way that the defendants could have known about those defects was if they had participated in the proceedings. The court did not consider it fair to charge the defendants with knowledge of procedural irregularities that they would have known about had they attended the proceedings. The plaintiffs had the responsibility of avoiding procedural errors that would prevent enforcement in England. I agree with this reasoning, which in my view is also applicable to the present case. When the appellants received the Florida judgment, all they knew was the amount awarded against them. There was nothing to inform them of the method by which the Florida court reached its conclusion or to alert them to problems with that method that might form the basis of an appeal or a motion to set the judgment aside.

La décision des appelants de ne pas exercer un recours en Floride s'explique également par la connaissance qu'ils avaient des conditions requises pour pouvoir l'exercer. Dans l'arrêt *Adams*, précité, l'omission des défendeurs de porter le jugement en appel au Texas n'était pas déterminante puisque les irrégularités procédurales qui auraient justifié un appel ne ressortaient pas a priori du jugement. Seule la participation à l'instance aurait permis aux défendeurs de prendre connaissance de ces irrégularités. Selon le tribunal, il n'était pas juste de reprocher aux défendeurs d'avoir été au fait d'irrégularités procédurales dont ils n'auraient pu prendre connaissance que s'ils avaient participé à l'instance. Il incombait aux demandeurs d'éviter de commettre des erreurs procédurales qui empêcheraient l'exécution du jugement en Angleterre. Je souscris à ce raisonnement qui, selon moi, s'applique également en l'espèce. Lorsqu'ils ont reçu le jugement de la Floride, les appelants ont seulement pris connaissance du montant de dommages-intérêts qu'ils étaient condamnés à verser. Rien ne les renseignait sur la procédure que le tribunal de la Floride avait suivie pour arriver à sa conclusion, ni ne les prévenait des problèmes liés à cette procédure qui pourraient éventuellement justifier un appel ou une requête en annulation de jugement.

Finally, the appellants' perception of the quality of justice they were likely to receive in Florida must be taken into consideration. The evidence at trial was that Florida's legal system provides all the appropriate protections for judgment debtors in the appellants' position, and probably would have afforded them a remedy in these circumstances. But at the relevant time the appellants did not know this; they only knew that Florida's legal system had produced a judgment against them for an astronomical amount, a verdict that was difficult to reconcile with the simple facts they had set out in their defence. Their apprehensiveness about going back to that very legal system to seek relief was, in the circumstances, understandable.

#### (4) Residual Concerns

The facts of this appeal raise very serious concerns about the fairness of enforcing the Florida judgment which do not fit easily into the categories identified by the traditional impeachment defences. I have stated my conclusion that the facts do trigger the defence of natural justice, if it is interpreted in a purposive and flexible manner. Even if the natural justice defence did not apply, however, I would hold that this judgment should not be enforced.

The circumstances of this case are such that the enforcement of this judgment would shock the conscience of Canadians and cast a negative light on our justice system. The appellants have done nothing that infringes the rights of the respondents and have certainly done nothing to deserve such harsh punishment. Nor can they be said to have sought to avoid their obligations by hiding in their own jurisdiction or to have shown disrespect for the legal system of Florida. They have acted in good faith throughout and have diligently taken all the steps that appeared to be required of them, based on the information and advice they had. The plaintiffs in Florida appear to have taken advantage of the

Enfin, il faut également tenir compte de la perception que les appelants avaient de la qualité de la justice qui leur serait probablement offerte en Floride. Selon la preuve présentée lors du procès, le régime juridique de la Floride offre toutes les mesures de protection voulues aux débiteurs judiciaires qui se trouvent dans la même situation que les appelants, à qui il aurait probablement permis d'exercer un recours dans ces circonstances. Cependant, les appelants ignoraient cela à l'époque pertinente. Ils savaient seulement que le régime juridique de la Floride avait produit un jugement qui leur ordonnait de verser une somme astronomique, verdict qui n'était guère conciliable avec les simples faits exposés dans leur défense. Leur réticence à retourner dans le ressort où s'appliquait ce régime juridique, pour y exercer un recours, devenait compréhensible dans les circonstances.

#### (4) Les questions résiduelles

Les faits du présent pourvoi soulèvent de très sérieuses questions au sujet du caractère équitable de l'exécution du jugement de la Floride qui entre difficilement dans les catégories visées par les défenses traditionnelles consistant à attaquer la validité d'un jugement. J'ai exposé ma conclusion que les faits donnent ouverture au moyen de défense fondé sur la justice naturelle, si on lui donne une interprétation téléologique et souple. Cependant, même s'il n'était pas possible d'invoquer le moyen de défense fondé sur la justice naturelle, je persisterais à conclure que ce jugement ne doit pas être exécuté.

Les circonstances de la présente affaire sont telles que l'exécution du jugement choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes et jetterait une ombre sur notre système judiciaire. Les appelants n'ont rien fait qui porte atteinte aux droits des intimés et n'ont certes rien fait qui mérite d'être puni aussi sévèrement. On ne peut pas dire non plus qu'ils ont cherché à se soustraire à leurs obligations en se terrant dans leur propre ressort ou qu'ils ont manqué de respect envers le régime juridique de la Floride. Compte tenu des renseignements et des conseils qui leur avaient été donnés, ils ont agi de bonne foi en tout temps et ont fait montre de diligence en prenant toutes les mesures qui leur

263

264

265

defendants' difficult position to pursue their interests as aggressively as possible and to secure a sizeable windfall. In an adversarial legal system, it was, of course, open to them to do so, but the Ontario court should not have to set its seal of approval on the judgment thus obtained without regard for the dubious nature of the claim, the fact that the parties did not compete on a level playing field and the lack of transparency in the Florida proceedings.

semblaient requises. Les demandeurs à l'action intentée en Floride semblent avoir profité de la situation difficile des défendeurs pour protéger leurs intérêts aussi énergiquement que possible, et pour réaliser un profit important et inattendu. Il leur était évidemment loisible de le faire dans un système judiciaire accusatoire, mais en raison de l'inégalité des chances entre les parties et du manque de transparence des procédures qui se sont déroulées en Floride, le tribunal de l'Ontario n'aurait pas dû autoriser l'exécution du jugement ainsi obtenu, sans tenir compte de la nature douteuse de la demande.

266

On this last point, I would add that their failure to obtain a record of the proceedings in the Florida court does not reflect well on the respondents. In this case, the appellants, who had the burden of proving that one of the impeachment defences applied, failed to pursue their opportunity to investigate what transpired in the damages hearing by questioning those who were there. As a result, it would be inappropriate to draw any negative inference in their favour from the lack of evidence about the Florida proceedings. But defendants will not always have such an opportunity. When one party entirely controls whether there will be a transcript of the proceedings in the foreign court and chooses not to get one, thus depriving the enforcing court of a full record of what happened and an opportunity to verify that there was no fraud and no procedural irregularities, Canadian courts should be highly circumspect about giving effect to the judgment.

J'ajouterais, au sujet de ce dernier point, que le défaut des intimés de faire consigner les débats devant le tribunal de la Floride ne laisse pas une très bonne image de leur attitude. Certes, en l'espèce, les appelants, à qui il appartenait de prouver qu'ils pouvaient opposer l'une des défenses consistant à attaquer la validité du jugement, n'ont pas pris la peine d'interroger les personnes qui avaient assisté à l'audience relative aux dommages-intérêts afin de savoir ce qui s'y était passé. Par conséquent, il ne convient pas qu'ils bénéficient d'une conclusion défavorable tirée de l'absence de preuve concernant les procédures qui se sont déroulées en Floride. Cependant, les défendeurs n'ont pas toujours cette possibilité. Lorsqu'il appartient à une seule partie de demander une transcription des débats devant un tribunal étranger et que celle-ci choisit de ne pas le faire, empêchant de ce fait le tribunal saisi de disposer d'un dossier complet sur ce qui s'est passé et de s'assurer de l'absence de fraude ou d'irrégularité procédurale, les tribunaux canadiens devraient hésiter énormément à mettre à exécution le jugement obtenu dans de telles conditions.

## V. Conclusion

267

In my view, this judgment should not be enforced in Canada. I would allow the appeal with costs to the appellants.

*Appeal dismissed with costs, IACOBUCCI, BINNIE and LEBEL JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants Geoffrey Saldanha and Leueen Saldanha: Baker & McKenzie, Toronto.*

## V. Conclusion

Selon moi, il n'y a pas lieu d'exécuter ce jugement au Canada. J'accueillerais le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges IACOBUCCI, BINNIE et LEBEL sont dissidents.*

*Procureurs des appelants Geoffrey Saldanha et Leueen Saldanha : Baker & McKenzie, Toronto.*

*Solicitor for the appellant Dominic Thivy: Neal H. Roth, Toronto.*

*Procureur de l'appelant Dominic Thivy : Neal H. Roth, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Levine, Sherkin, Boussidan, North York.*

*Procureurs des intimés : Levine, Sherkin, Boussidan, North York.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Yu Wu** *Respondent*

and

**Charter Committee on Poverty  
Issues** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. WU**

**Neutral citation: 2003 SCC 73.**

File No.: 29053.

2003: June 4; 2003: December 18.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Sentencing — Conditional sentence — Possession of contraband cigarettes — Accused unable to pay minimum financial penalty mandated by Excise Act — Whether prison appropriate — Whether trial judge erred in imposing conditional sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 742.1 — Excise Act, R.S.C. 1985, c. E-14, s. 240(1).*

The accused was convicted of possession of 300 cartons of contraband cigarettes. Section 240(1.1)(a)(i) of the *Excise Act* carried a minimum penalty of \$0.16 per cigarette, which amounted to \$9,600. The trial judge concluded that the accused was not now and would not in the foreseeable future be able to pay such a heavy fine. The trial judge was also of the view that imprisonment for any length of time would not be a fit sentence in this case. He said he was “satisfied that, but for the minimum fine provisions [in the *Excise Act*], this would be a case for a suspended sentence”. In the absence of a regime in Ontario “permitting offenders to work off the fines”, and believing that incarceration of the accused in default of paying the fine would not be just, he concluded that a conditional sentence would be appropriate.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Yu Wu** *Intimé*

et

**Comité de la Charte et des questions de  
pauvreté** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. WU**

**Référence neutre : 2003 CSC 73.**

N<sup>o</sup> du greffe : 29053.

2003 : 4 juin; 2003 : 18 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

*Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Possession de cigarettes de contrebande — Accusé incapable de payer l'amende minimale obligatoire prescrite par la Loi sur l'accise — L'emprisonnement était-il approprié? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en imposant un sursis à l'emprisonnement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 742.1 — Loi sur l'accise, L.R.C. 1985, ch. E-14, art. 240(1).*

L'accusé a été déclaré coupable d'avoir eu en sa possession 300 cartouches de cigarettes de contrebande. Le sous-al. 240(1.1)(a)(i) de la *Loi sur l'accise* prévoyait une amende d'au moins 0,16 \$ par cigarette, pour un total de 9 600 \$. Le juge du procès a conclu que l'accusé n'était pas en mesure de s'acquitter d'une amende aussi lourde et ne le deviendrait pas dans un avenir prévisible. Le juge du procès estimait aussi que l'emprisonnement, quelle qu'en soit la durée, n'était pas approprié dans les circonstances. Il s'est dit « convaincu que, n'eussent été les dispositions relatives à l'imposition d'une amende minimale [dans la *Loi sur l'accise*], il s'agirait d'un cas d'application du sursis au prononcé de la peine ». En l'absence d'un régime en Ontario « qui permettrait aux délinquants de s'acquitter de leurs amendes en travaillant », et estimant qu'il serait injuste d'incarcérer l'accusé en défaut de paiement, le juge a conclu qu'il convenait de lui imposer une peine d'emprisonnement avec sursis.

Accordingly, the accused was fined \$9,600, given no time to pay, and in default of payment was immediately given a conditional sentence of 75 days to be served in the community (i.e., at home) subject to a curfew from 6 p.m. to 6 a.m. every day except for absences required "for employment, medical, dental or worship". He was allowed two hours extra liberty on either Saturday or Sunday.

Both the summary conviction appeals judge and the majority of the Court of Appeal upheld the sentence. At issue in this appeal is whether the conditional sentence was validly imposed.

*Held* (Deschamps J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The trial judge erred in law in imposing a conditional sentence. Conditional sentences are not "probation under a different name" but rather sentences of imprisonment served in the community. In this case, the statutory conditions precedent to a conditional sentence were not met in two important respects. First, the trial judge's explicit finding that this was a proper case for a suspended sentence and probation, and that imprisonment was not warranted, puts this case outside the scope of a conditional sentence. Second, nowhere in the *Criminal Code* is it suggested that conditional sentences are available to enforce unpaid fines.

The purpose of imposing imprisonment in default of payment is to give serious encouragement to offenders with the means to pay a fine to make payment. Genuine inability to pay a fine is not a proper basis for imprisonment. A conditional sentence is a form of imprisonment. Unless, in the terms of s. 734.7(1), the Crown can establish that such a defaulter has "without reasonable excuse, refused to pay", a warrant of committal should not be issued.

If an offender does not have the means to pay a fine immediately, he or she should be given a reasonable time to pay. The offender may also be eligible for provincial fine option programs in which the fine may be discharged "in whole or in part by earning credits for work performed during a period not greater than two years" (s. 736). In the event of default, the Crown can resort to a number of civil remedies such as suspending licences or

L'accusé a donc été condamné à payer une amende de 9 600 \$, ne s'est vu accorder aucun délai de paiement et, en défaut de paiement, a été condamné immédiatement à une peine d'emprisonnement avec sursis de 75 jours à être purgée au sein de la collectivité (c'est-à-dire chez lui), assortie d'un couvre-feu quotidien entre 18 h et 6 h, sauf les absences requises « pour des raisons d'ordre professionnel, médical, dentaire ou religieux ». Il disposait de deux heures de liberté de plus dont il pouvait se prévaloir soit le samedi, soit le dimanche.

La juge d'appel des poursuites sommaires et la Cour d'appel, à la majorité, ont confirmé la sentence. Le pourvoi porte sur la validité de la peine d'emprisonnement avec sursis imposée.

*Arrêt* (la juge Deschamps est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : Le juge du procès a commis une erreur de droit en imposant une peine d'emprisonnement avec sursis. Les peines d'emprisonnement avec sursis ne sont pas des « ordonnances de probation sous un autre nom », mais des peines d'emprisonnement purgées au sein de la collectivité. En l'espèce, les conditions légales préalables à l'imposition d'une peine d'emprisonnement avec sursis n'ont pas été remplies à deux égards importants. Premièrement, le juge du procès ayant expressément conclu qu'il convenait en l'espèce d'octroyer un sursis au prononcé de la peine avec mise en probation et que l'emprisonnement n'était pas justifié, l'application du sursis à l'emprisonnement était exclue. Deuxièmement, aucune disposition du *Code criminel* ne laisse croire à la possibilité de recourir à l'emprisonnement avec sursis à titre de sanction pour une amende impayée.

L'emprisonnement à défaut de paiement a pour objectif d'inciter fortement les délinquants qui en ont les moyens à acquitter leurs amendes. L'incapacité réelle de payer une amende n'est pas un motif valable d'emprisonnement. L'emprisonnement avec sursis demeure une forme d'emprisonnement. Aux termes du par. 734.7(1), un mandat d'incarcération ne peut être décerné que si le ministère public peut établir que le délinquant a, « sans excuse raisonnable, refusé de payer l'amende ».

Si le délinquant n'a pas les moyens de payer l'amende immédiatement, le tribunal doit lui accorder un délai raisonnable pour l'acquitter. Le délinquant peut aussi être admissible à un programme provincial facultatif de paiement d'une amende lui permettant de s'acquitter de l'amende « en tout ou en partie par acquisition de crédits au titre de travaux réalisés, sur une période maximale de deux ans » (art. 736). En cas de défaut, le ministère

other instruments until the fine is paid in full or registering the fine owing with the civil courts. The option of jail for default is fenced in with important restrictions. A fine default is not punishable by committal unless the other statutory remedies, including licence suspensions and civil proceedings, are not appropriate in the circumstances (s. 734.7(1)(b)(i)), or the offender has, without reasonable excuse, refused to pay the fine or discharge it under s. 736 (s. 734.7(1)(b)(ii)). Where the offender's reasonable excuse for failure to pay a fine is simple poverty, it is not open to a court to jail him or her under s. 734.7(1)(b)(i). Here, a functioning fine option program was not available in Ontario and there was no evidence as to what, if any, federal permits or licences were held by the accused.

It cannot be assumed that the financial circumstances of an offender at the date of the sentencing will necessarily continue into the future. An immediate committal order should only be made in exceptional circumstances, which did not exist here. The facts were simply that the accused was on welfare and lacked the ability to pay. An offender's inability to pay is precisely the reason why time is allowed, not a reason why it should be altogether denied. While it would have been appropriate to impose the minimum fine plus time to pay plus 30 days in jail in default of payment, the trial judge erred in jumping directly from imposition to committal without passing through the intermediate stages of alternative collection procedures, default, and, only if the Crown thinks it has grounds to proceed, a s. 734.7(1) committal hearing.

The conditional sentence should therefore be set aside. However, since the accused has served his conditional sentence, which, if properly imposed, would bar all further collection procedures, further collection procedures are stayed.

*Per Deschamps J. (dissenting):* The trial judge did not err in imposing a conditional sentence in default of the payment of a fine. It is impossible to reconcile, in the case of an impecunious person, all of the sentencing principles contained in the *Criminal Code* with a

public dispose d'un certain nombre de recours civils : il peut notamment suspendre tout document — licence ou permis — jusqu'au paiement intégral de l'amende ou inscrire le produit de l'amende impayée auprès des tribunaux civils. L'incarcération pour défaut de paiement est une option qui comporte d'importantes restrictions. Le défaut de paiement d'une amende n'est pas punissable par l'incarcération à moins que les autres mesures prévues par la loi — notamment la suspension des licences et les recours civils — ne soient pas justifiées dans les circonstances (al. 734.7(1)(b)), ou que le délinquant ait, sans excuse raisonnable, refusé de payer l'amende ou de s'en acquitter en application de l'art. 736 (al. 734.7(1)(b)). Lorsque l'excuse raisonnable invoquée par le délinquant pour justifier son défaut de payer l'amende est son indigence, le tribunal ne peut pas l'incarcérer en application de l'al. 734.7(1)(b). En l'occurrence, aucun mode facultatif de paiement d'une amende n'existait en Ontario et aucun élément de preuve n'indiquait que l'accusé détenait une licence ou un permis fédéral quelconque.

On aurait tort de supposer que la situation financière du délinquant à la date de la détermination de la peine demeurera nécessairement inchangée dans le futur. Un mandat d'incarcération immédiate ne devrait être décerné que dans des cas exceptionnels et la situation en l'espèce ne constituait pas un cas exceptionnel. Les faits révélaient simplement que l'accusé était prestataire de l'aide sociale et qu'il n'avait pas les moyens de payer. L'incapacité de payer d'un délinquant constitue le motif précis pour lequel on lui accorde un délai de paiement, et non un motif de lui refuser purement et simplement tout délai. Bien qu'il eût convenu d'imposer l'amende minimale assortie d'un délai de paiement et d'un emprisonnement de 30 jours en cas de défaut de paiement, le juge a commis une erreur en passant directement de l'imposition de l'amende à l'incarcération, sans passer par les étapes intermédiaires des autres mesures de recouvrement, du défaut et, uniquement si le ministère public estimait avoir des motifs d'aller plus loin, de l'audition sur l'incarcération prévue au par. 734.7(1).

La peine d'emprisonnement avec sursis doit donc être annulée. Toutefois, comme l'accusé a purgé sa peine d'emprisonnement avec sursis qui, si elle avait été imposée valablement, exclurait toute mesure additionnelle de recouvrement, l'arrêt de toute autre procédure de recouvrement est prononcé.

*La juge Deschamps (dissidente) :* Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en imposant un emprisonnement avec sursis à défaut du paiement d'une amende. Il est impossible de concilier, dans le cas d'une personne impecunieuse, tous les principes prévus au *Code criminel*



provision prescribing a minimum fine. In principle, a sentence must take into account all aggravating and mitigating circumstances relating to the offender's situation. The judge must consider that an offender should not be deprived of liberty if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances. A minimum fine does not allow the particular circumstances of the offender to be taken into account. Given that in Ontario there is no organized scheme for community service, the judge who seeks an alternative solution, or even a means of encouraging payment of the fine, has little room to manoeuvre. The *Criminal Code* confers discretion on the judge to impose imprisonment in default of payment of a fine when he or she knows that imprisonment is, in practice, the sanction actually imposed for the offence committed. The judge is not obliged to allow time for payment. In this case, the trial judge did not really ever contemplate imposing the minimum fine along with a time for payment and a period of imprisonment in the event of default. He wanted to impose a realistic and suitable punishment and did not believe that incarceration was necessary. His decision to impose a conditional sentence in default of payment was enlightened and sensitive to the particular circumstances of the case. It also respected the principles of gradation of sentences and properly balanced the relevant penological goals.

Knowing that the offender did not have any money, the judge could order imprisonment in default of payment of the fine. While such an order, at first glance, seems to punish the poor more severely and appears contrary to Parliament's intent, the adjustment required in the sphere of sentencing to take into account the poverty of an offender cannot be reduced to a concern for ensuring that absence of means does not become a reason for imprisonment. All of the effects of a sentence and the different impact that certain sentences may have on different individuals must be taken into account. In this case, a conditional sentence could not be ruled out on any policy grounds.

### Cases Cited

By Binnie J.

**Considered:** *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; **referred to:** *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8; *R. v. Snider* (1977), 37 C.C.C. (2d) 189; *Regimbald v. Chong Chow* (1925), 38 Que. K.B. 440; *R. v. Andrews*, [1974] 2 W.W.R. 481; *R. v. Brooks*, [1988] N.S.J. No. 94 (QL); *R. v. Beaton* (1984), 49 Nfld. & P.E.I.R. 15; *R. v. Tessier*

pour la détermination de la peine avec une disposition prescrivant une amende minimum. En principe, la peine doit tenir compte de toutes les circonstances aggravantes et atténuantes liées à la situation du délinquant. Le juge doit, avant d'envisager la privation de liberté, examiner la possibilité d'imposer toute sanction moins contraignante qui pourrait être justifiée par les circonstances. Or, l'amende minimale ne permet pas de tenir compte des circonstances particulières du délinquant. Comme en Ontario il n'existe aucun régime organisé de travaux communautaires, le juge qui cherche une solution de rechange ou même un incitatif au paiement de l'amende ne dispose que d'une marge de manoeuvre très limitée. Le *Code criminel* confère au juge la discrétion d'imposer l'emprisonnement à défaut du paiement d'une amende lorsqu'il sait que l'emprisonnement est, en pratique, la sanction réellement imposée pour l'infraction commise. Le juge n'est pas obligé d'accorder un délai de paiement. Dans la présente affaire, le juge du procès n'a jamais vraiment envisagé d'imposer l'amende minimale assortie d'un délai de paiement et d'une période d'incarcération en cas de défaut. Il voulait imposer une punition réaliste et adaptée, et estimait que l'incarcération n'était pas nécessaire. Sa décision d'imposer un emprisonnement avec sursis à défaut du paiement était éclairée et respectueuse des conditions particulières de l'espèce. Elle respectait également les principes de gradation des peines et faisait un bon équilibre entre les différents objectifs pénologiques pertinents.

Le juge pouvait ordonner l'emprisonnement à défaut du paiement de l'amende alors qu'il savait que le délinquant n'avait pas d'argent. Bien que, à première analyse, une telle ordonnance paraisse pénaliser plus sévèrement les personnes pauvres et semble contraire à l'intention du législateur, dans la sphère de la détermination de la peine, l'ajustement requis pour tenir compte de l'indigence d'un délinquant ne peut être réduit à un souci d'éviter que l'absence de moyens soit une cause d'emprisonnement. Il faut tenir compte de l'ensemble des effets de la sentence et de l'impact différent que certaines peines peuvent avoir sur différents individus. En l'espèce, aucun motif de principe ne justifie d'écarter la sentence d'emprisonnement avec sursis.

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêt examiné :** *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; **arrêts mentionnés :** *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8; *R. c. Snider* (1977), 37 C.C.C. (2d) 189; *Regimbald c. Chong Chow* (1925), 38 B.R. 440; *R. c. Andrews*, [1974] 2 W.W.R. 481; *R. c. Brooks*, [1988] N.S.J. No. 94 (QL); *R. c. Beaton* (1984), 49 Nfld. &

(1957), 21 W.W.R. 331; *Attorney General of Canada v. Radigan* (1976), 33 C.R.N.S. 358; *R. v. Natrall* (1972), 9 C.C.C. (2d) 390; *R. v. Zink* (1992), 13 B.C.A.C. 241; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1; *R. v. Zachary*, [1996] R.J.Q. 2484; *R. v. MacFarlane* (1997), 121 C.C.C. (3d) 211; *Clergue v. H. H. Vivian and Co.* (1909), 41 S.C.R. 607; *Re International Woodworkers of America, Local 2-306 and Miramichi Forest Products Ltd.* (1971), 21 D.L.R. (3d) 239.

By Deschamps J. (dissenting)

*R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. 1995, c. 22], ss. 718, 718.2(a), (d), (e), 718.3, 734, 734(2) [repl. 1999, c. 5, s. 33], 734.5 [*idem*, s. 34], 734.6, 734.7, 736 [am. 1997, c. 18, s. 107], 738, 742, 742.1 [am. 1997, c. 18, s. 107.1].

*Excise Act*, R.S.C. 1985, c. E-14, s. 240(1) [repl. 1994, c. 29, s. 15], (1.1)(a)(i) [ad. *idem*; am. 1999, c. 17, s. 144(1)(z.20)].

O. Reg. 925/93.

*Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33.

*Provincial Offences Act*, S.N.L. 1995, c. P-31.1, s. 38.

R.R.O. 1990, Reg. 948 (Fine Option Program).

#### Authors Cited

Ashworth, Andrew. *Sentencing and Criminal Justice*, 3rd ed. Markham: Butterworths, 2000.

Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Adult Correctional Services in Canada 2000-2001*. Ottawa: Canadian Centre for Justice Statistics, 2002.

Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach — Report of The Canadian Sentencing Commission*. Ottawa: The Commission, 1987.

Canada. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5873.

Canada. National Council of Welfare. *Justice and the Poor*. Ottawa: The Council, 2000.

Elliott, Robin, and Jennifer Airs. *New Measures for Fine Defaulters, Persistent Petty Offenders and Others: The Reports of the Crime (Sentences) Act 1997 Pilots*. London: Home Office, 2000.

Hudson, Barbara. "Punishing the Poor: Dilemmas of Justice and Difference", in William C. Heffernan and

PE.I.R. 15; *R. c. Tessier* (1957), 21 W.W.R. 331; *Attorney General of Canada c. Radigan* (1976), 33 C.R.N.S. 358; *R. c. Natrall* (1972), 9 C.C.C. (2d) 390; *R. c. Zink* (1992), 13 B.C.A.C. 241; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1; *R. c. Zachary*, [1996] R.J.Q. 2484; *R. c. MacFarlane* (1997), 121 C.C.C. (3d) 211; *Clergue c. H. H. Vivian and Co.* (1909), 41 R.C.S. 607; *Re International Woodworkers of America, Local 2-306 and Miramichi Forest Products Ltd.* (1971), 21 D.L.R. (3d) 239.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. 1995, ch. 22], art. 718, 718.2a), d), e), 718.3, 734, 734(2) [rempl. 1999, ch. 5, art. 33], 734.5 [*idem*, art. 34], 734.6, 734.7, 736 [mod. 1997, ch. 18, art. 107], 738, 742, 742.1 [rempl. 1997, ch. 18, art. 107.1].

*Loi sur l'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-14, art. 240(1) [rempl. 1994, ch. 29, art. 15], 240(1.1)a)(i) [aj. *idem*].

*Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, ch. P.33.

*Provincial Offences Act*, S.N.L. 1995, ch. P-31.1, art. 38.

Règl. de l'Ont. 925/93.

R.R.O. 1990, Règl. 948 (Fine Option Program).

#### Doctrine citée

Ashworth, Andrew. *Sentencing and Criminal Justice*, 3rd ed. Markham : Butterworths, 2000.

Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Services correctionnels pour adultes au Canada 2000-2001*. Ottawa : Centre canadien de la statistique juridique, 2002.

Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*. Ottawa : La Commission, 1987.

Canada. Conseil national du bien-être social. *La justice et les pauvres*. Ottawa : Le Conseil, 2000.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 20 septembre 1994, p. 5873.

Elliott, Robin, and Jennifer Airs. *New Measures for Fine Defaulters, Persistent Petty Offenders and Others: The Reports of the Crime (Sentences) Act 1997 Pilots*. London : Home Office, 2000.

John Kleinig, eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000, 189.

Innes, Joanna. "The King's Bench prison in the later eighteenth century: law, authority and order in a London debtors' prison", in John Brewer and John Styles, eds., *An Ungovernable People: The English and their law in the seventeenth and eighteenth centuries*. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 1980, 250.

Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Ontario. Ministry of Transportation. *Driver Control Statistics*, 2003.

Pettit, Philip. "Indigence and Sentencing in Republican Theory", in William C. Heffernan and John Kleinig, eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000, 230.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 160 C.C.C. (3d) 321, 48 C.R. (5th) 183, 152 O.A.C. 300, [2001] O.J. No. 4885 (QL), affirming a judgment of the Superior Court of Justice affirming a judgment of the Ontario Court of Justice. Appeal allowed, Deschamps J. dissenting.

*Peter DeFreitas* and *Marie Comiskey*, for the appellant.

*Lawrence Greenspon*, *Blair Crew* and *Trevor Brown*, for the respondent.

*Vincent Calderhead* and *Roger Burrill*, for the intervener.

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

BINNIE J. — In this appeal we are asked to consider whether a conditional sentence was validly imposed on the respondent offender for possession of contraband cigarettes. The offender might otherwise have been sent to jail for 30 days for non-payment of a mandatory \$9,600 fine. In the trial judge's view, jail was not appropriate for this

Hudson, Barbara. « Punishing the Poor : Dilemmas of Justice and Difference », in William C. Heffernan and John Kleinig, eds., *From Social Justice to Criminal Justice : Poverty and the Administration of Criminal Law*. New York : Oxford University Press, 2000, 189.

Innes, Joanna. « The King's Bench prison in the later eighteenth century : law, authority and order in a London debtors' prison », in John Brewer and John Styles, eds., *An Ungovernable People : The English and their law in the seventeenth and eighteenth centuries*. New Brunswick, N.J. : Rutgers University Press, 1980, 250.

Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Ontario. Ministry of Transportation. *Driver Control Statistics*, 2003.

Pettit, Philip. « Indigence and Sentencing in Republican Theory », in William C. Heffernan and John Kleinig, eds., *From Social Justice to Criminal Justice : Poverty and the Administration of Criminal Law*. New York : Oxford University Press, 2000, 230.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 160 C.C.C. (3d) 321, 48 C.R. (5th) 183, 152 O.A.C. 300, [2001] O.J. No. 4885 (QL), confirmant un jugement de la Cour supérieure de justice qui avait confirmé un jugement de la Cour de justice de l'Ontario. Pourvoi accueilli, la juge Deschamps est dissidente.

*Peter DeFreitas* et *Marie Comiskey*, pour l'appellante.

*Lawrence Greenspon*, *Blair Crew* et *Trevor Brown*, pour l'intimé.

*Vince Calderhead* et *Roger Burrill*, pour l'intervenant.

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

LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi porte sur la validité d'une peine d'emprisonnement avec sursis imposée au délinquant intimé pour possession de cigarettes de contrebande. Le contrevenant aurait pu autrement être incarcéré 30 jours pour non-paiement d'une amende obligatoire de 9 600 \$. Le juge du procès a estimé qu'une peine d'emprisonnement

offender. On the other hand, the offender simply had no means to pay the fine. The trial judge thought a conditional sentence to be served by the offender in his home offered a way to avoid jail. I agree with the trial judge's initial conclusion that this was not an appropriate case for jail. I disagree with his sentencing solution. The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, properly interpreted, offered the sentencing judge a range of alternative solutions for this offender but a conditional sentence was not amongst them.

2 Debtors' prison for impoverished people is a Dickensian concept that in civilized countries has largely been abolished. Imprisonment for civil debt was abolished in Ontario by the end of the 19th century. In its 1996 sentencing reforms, Parliament decreed that jail should be reserved for those whose conduct deserves to put them there. Here, the trial judge thought a fit sentence would be a suspended sentence with probation, but this was not possible under the Act. Yet debtors' prison "in the community", which is what a conditional sentence amounts to, is repugnant in the case of an individual who is undeserving of jail yet who simply cannot pay.

3 As will be seen, the purpose of imposing imprisonment in default of payment is to give serious encouragement to offenders with the means to pay a fine to make payment. Genuine inability to pay a fine is not a proper basis for imprisonment. A conditional sentence is a form of imprisonment. Therefore, a conditional sentence is not an appropriate sentence to impose on an offender simply because he or she has no means to pay a fine. Nothing in the *Code* authorises a conditional sentence to be used for collection purposes. Unless, in the terms of s. 734.7(1), the Crown can establish that a defaulter has "without reasonable excuse,

n'était pas appropriée dans le cas de ce délinquant. Par ailleurs, le contrevenant n'était tout simplement pas en mesure de payer l'amende. Le juge du procès a cru trouver une solution qui éviterait l'incarcération au contrevenant en lui imposant une peine d'emprisonnement avec sursis qu'il purgerait chez lui. Je souscris à la conclusion préliminaire du juge du procès que l'incarcération n'était pas appropriée en l'espèce. Je suis toutefois en désaccord avec lui quant à la peine qu'il a décidé d'imposer. Interprété comme il se doit, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, offrait plusieurs solutions différentes au juge chargé de la détermination de la peine de ce contrevenant, mais le sursis à l'emprisonnement ne figurait pas parmi elles.

L'incarcération des débiteurs démunis est un concept de l'époque de Charles Dickens que la plupart des pays civilisés ont aujourd'hui abandonné. L'emprisonnement pour une dette civile a été aboli en Ontario à la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Dans le cadre des réformes apportées en 1996 au régime de détermination de la peine, le législateur a décidé que l'emprisonnement devait être réservé à ceux dont la conduite méritait pareille sanction. Selon le juge du procès, la sentence qui aurait convenu en l'espèce était un sursis au prononcé de la peine avec mise en probation, mais la loi ne permettait pas cette sentence. Toutefois, l'emprisonnement des débiteurs « au sein de la collectivité », auquel correspond une peine d'emprisonnement avec sursis, est inacceptable dans le cas d'une personne qui ne mérite pas d'être emprisonnée, mais qui est tout simplement incapable de payer.

Comme nous le verrons, l'emprisonnement à défaut de paiement a pour objectif d'inciter fortement les délinquants qui en ont les moyens à acquitter leurs amendes. L'incapacité réelle de payer une amende n'est pas un motif valable d'emprisonnement. L'emprisonnement avec sursis demeure une forme d'emprisonnement. Par conséquent, il ne convient pas d'infliger une peine d'emprisonnement avec sursis à un délinquant simplement parce qu'il n'a pas les moyens de payer une amende. Aucune disposition du *Code* n'autorise le recours à une peine d'emprisonnement avec sursis comme moyen de recouvrement. Aux termes du par. 734.7(1), un

refused to pay”, a warrant of committal should not be issued.

The conditions precedent to the imposition of a conditional sentence were accordingly not met. The sentencing judge commented that “hard cases make bad law and this is a hard case”. In my view, with respect, it also made bad law. I would allow the appeal.

### I. Facts

The respondent, Yu Wu, was convicted of possession of 300 cartons of contraband cigarettes. The *Excise Act*, R.S.C. 1985, c. E-14, s. 240(1.1)(a)(i), carried a minimum penalty of \$0.16 per cigarette, which amounted to \$9,600. The circumstances, as related by the accused, were curious. He explained that he had injured his back in 1994, had been unemployed since then, and was supporting himself and his 16-year-old daughter in Toronto on welfare payments of \$965 per month. He went to gambling casinos three to five times a week. At the Niagara Falls Casino in late May or early June 1998, he had struck up an acquaintance with a man he identified only as “Mike”. In July 1998, he agreed to help “Mike” drive to Montreal to gamble. They took Mike’s car. Along the way, Mike pulled into a house in Cornwall. In this stranger’s house, Mr. Wu waited for almost 8 hours. Finally, the owner of the house told Mr. Wu that Mike had left and that he should drive Mike’s car back to Toronto. On the way home to Toronto in Mike’s car, the respondent was stopped by police. He testified that it was only when the police pulled him over that he realized that the back seat of the car contained 300 cartons of contraband tobacco.

Mr. Wu conceded that he did not know “Mike’s” last name, phone number, or address. The only way that he could contact Mike would be if he happened

mandat d’incarcération ne peut être décerné que si, le délinquant a, « sans excuse raisonnable, refusé de payer l’amende ».

Les conditions préalables à l’imposition d’une peine d’emprisonnement avec sursis n’ont donc pas été réunies. Le juge qui a prononcé la sentence a déclaré que [TRADUCTION] « les cas épineux créent de mauvais précédents et il s’agit en l’occurrence d’un cas épineux ». À mon avis, et je le dis en toute déférence, il s’agit aussi d’un mauvais précédent. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

### I. Les faits

L’intimé Yu Wu a été déclaré coupable d’avoir eu en sa possession 300 cartouches de cigarettes de contrebande. La *Loi sur l’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-14, sous-al. 240(1.1)a)(i), prévoyait une amende minimale de 0,16 \$ par cigarette, pour un total de 9 600 \$. Les circonstances, telles que l’accusé les a relatées, sont étranges. Il a expliqué qu’il s’était blessé au dos en 1994, qu’il était sans emploi depuis et qu’il subvenait à ses besoins et à ceux de sa fille de 16 ans, à Toronto, grâce à des prestations d’aide sociale de 965 \$ par mois. Il jouait au casino de trois à cinq fois par semaine. C’est au casino de Niagara Falls, vers la fin mai ou le début juin 1998, qu’il a fait la connaissance d’un individu qu’il n’a désigné que sous le prénom de « Mike ». En juillet 1998, il a accepté d’accompagner « Mike » à Montréal pour aller jouer au casino. Ils ont pris la voiture de Mike. En cours de route, Mike s’est arrêté à une maison à Cornwall. Dans cette maison, qui lui était inconnue, M. Wu a attendu presque huit heures. Le propriétaire de la maison l’a finalement avisé que Mike était parti et qu’il devrait ramener la voiture de Mike à Toronto. C’est en revenant à Toronto avec la voiture de Mike que l’intimé a été intercepté par la police. Ce n’est que lorsque les policiers lui ont ordonné de s’immobiliser, a-t-il témoigné, qu’il s’est rendu compte de la présence de 300 cartouches de cigarettes de contrebande sur la banquette arrière de la voiture.

M. Wu a admis qu’il ne connaissait ni le nom de famille de « Mike », ni son numéro de téléphone, ni son adresse. Il ne pouvait entrer en contact avec

4

5

6

to run into Mike at an Ontario casino. Otherwise, Mr. Wu would have to wait for Mike to call Mr. Wu's pager or come to Mr. Wu's home. Apparently, they did not meet and "Mike" never did call.

7 The accused was prosecuted under s. 240(1) of the *Excise Act* for possession of contraband tobacco.

## II. Court Proceedings

### A. *Ontario Court of Justice — Renaud J.*

8 After considering the facts, the trial judge stated that imprisonment for any length of time would not be appropriate in this case. He was "satisfied that, but for the minimum fine provisions [in the *Excise Act*], this would be a case for a suspended sentence". The accused "is an individual with very little to be said of him, positive or negative. [He] is someone who has not demonstrated a tendency to engage in any [anti]-social behaviour and [he] is someone who should respond positively to a period of probation." However, in view of the minimum fine provisions of the *Excise Act*, the trial judge concluded that probation or a conditional discharge were not available sentencing options.

9 Referring to the decision of this Court in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, the trial judge commented that it was clear that "jail should be reserved for those individuals who are a danger to the community. This individual is not a danger to the community".

10 That said, the mandatory fine scheme "evidences Parliament[s] wish that smuggling be deterred". The Cornwall area "is plagued by smuggling" and the Court of Appeal had warned trial judges "to steel themselves to be harsh in imposing sentences on very sympathetic individuals" because the smuggling rings deliberately recruited runners

Mike qu'en le rencontrant par hasard dans un casino de l'Ontario. Mike aurait aussi pu joindre M. Wu par téléavertisseur ou se rendre chez lui. Apparemment, ils ne se sont pas rencontrés et « Mike » ne l'a pas appelé.

L'accusé a été poursuivi en application du par. 240(1) de la *Loi sur l'accise*, pour possession de cigarettes de contrebande.

## II. Historique des procédures judiciaires

### A. *Cour de justice de l'Ontario — le juge Renaud*

Après examen des faits, le juge du procès a indiqué que l'emprisonnement, quelle qu'en soit la durée, n'était pas approprié dans les circonstances. Il était [TRADUCTION] « convaincu que, n'eussent été les dispositions relatives à l'imposition d'une amende minimale [dans la *Loi sur l'accise*], il s'agirait d'un cas d'application du sursis au prononcé de la peine ». L'accusé [TRADUCTION] « est un homme dont on ne saurait dire grand chose, ni de positif ni de négatif. [Il] n'a montré aucune propension à se livrer à des comportements [anti]sociaux et [il] devrait réagir positivement à une période de probation. » Cependant, compte tenu des dispositions de la *Loi sur l'accise* prescrivant une amende minimale, le juge du procès a conclu que la probation et l'absolution sous conditions étaient exclues de l'éventail des peines qui s'offraient à lui.

Renvoyant à l'arrêt de la Cour *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, le juge du procès a fait observer que, de toute évidence, [TRADUCTION] « l'emprisonnement devrait être réservé à ceux qui représentent un danger pour la sécurité de la collectivité. Cet individu ne représente pas un danger pour la sécurité de la collectivité ».

Cela dit, le régime d'amende obligatoire [TRADUCTION] « témoigne du désir du Parlement de décourager la contrebande ». La région de Cornwall [TRADUCTION] « est durement touchée par la contrebande » et la Cour d'appel a averti les juges de première instance [TRADUCTION] « de s'armer de courage pour faire montre de sévérité

who would be seen by the courts as sympathetic people.

The sentencing judge concluded that the respondent was not now and would not in the foreseeable future be able to pay such a heavy fine. In the absence of a regime in Ontario “permitting offenders to work off the fines”, and believing that incarceration of the accused in default of paying the fine would not be just, he concluded that a conditional sentence would be appropriate.

Accordingly, the accused was fined \$9,600, given no time to pay, and in default of payment was immediately given a conditional sentence of 75 days to be served in the community (i.e., at home) subject to a curfew from 6 p.m. to 6 a.m. every day except for absences required “for employment, medical, dental or worship”. He was allowed two hours extra liberty on either Saturday or Sunday.

*B. Superior Court of Justice — Robertson J.*

The summary conviction appeals judge concluded that the trial judge had not erred in imposing a sentence “particular to the specific facts of this case”. The Crown’s appeal was dismissed.

*C. Ontario Court of Appeal (2001), 160 C.C.C. (3d) 321*

1. Sharpe J.A. for the majority

The trial judge had given the accused no time to pay, which indicated that he “ha[d] determined, then and there, that the appropriate sanction for the offender’s conduct is either immediate payment or

dans l’imposition de peines à des individus très sympathiques », ceux-ci étant délibérément recrutés par les réseaux de contrebande pour attirer la sympathie des tribunaux.

Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que l’intimé n’était pas en mesure de s’acquitter d’une amende aussi lourde et ne le deviendrait pas dans un avenir prévisible. En l’absence d’un régime en Ontario [TRADUCTION] « qui permettrait aux délinquants de s’acquitter de leurs amendes en travaillant », et estimant qu’il serait injuste d’incarcérer l’accusé en défaut de paiement, le juge a conclu qu’il convenait de lui imposer une peine d’emprisonnement avec sursis.

L’accusé a donc été condamné à payer une amende de 9 600 \$, ne s’est vu accorder aucun délai de paiement et, en défaut de paiement, a été condamné immédiatement à une peine d’emprisonnement avec sursis de 75 jours à être purgée au sein de la collectivité (c’est-à-dire chez lui), assortie d’un couvre-feu quotidien entre 18 h et 6 h, sauf les absences requises [TRADUCTION] « pour des raisons d’ordre professionnel, médical, dentaire ou religieux ». Il disposait de deux heures de liberté de plus dont il pouvait se prévaloir soit le samedi, soit le dimanche.

*B. Cour supérieure de justice — la juge Robertson*

La juge d’appel des poursuites sommaires a conclu que le juge du procès n’avait pas commis d’erreur en infligeant une peine [TRADUCTION] « adaptée aux faits propres à l’espèce ». L’appel du ministère public a été rejeté.

*C. Cour d’appel de l’Ontario (2001), 160 C.C.C. (3d) 321*

1. Le juge Sharpe s’exprimant au nom de la majorité

Le juge du procès n’avait accordé à l’accusé aucun délai pour payer, ce qui révélait qu’il [TRADUCTION] « a[vait] décidé, dès lors, que la sanction appropriée eu égard à la conduite du délinquant

11

12

13

14

immediate imprisonment” (para. 18). As the “legal and practical effect of the sentence is to send the offender directly to jail” (para. 18), Sharpe J.A. concluded that the conditions precedent to a conditional sentence were satisfied. While the trial judge was required to impose a fine, he was not required to impose a term of imprisonment in default of payment. However, “[t]he imposition of a fine of \$9,600 that could not and would not be paid would amount to a hollow sentence that would fail to adequately sanction the respondent’s wrongful conduct” (para. 19). Accordingly, in the majority view, the imposition of a conditional sentence in default of immediate payment of the fine allowed the trial judge to arrive at a sentence that “respected the letter of the law, was closely tailored to the circumstances of the offender, and gave appropriate emphasis to the goals of deterrence and retribution” (para. 19).

## 2. Doherty J.A., dissenting

15

Doherty J.A. took the view that once the trial judge had decided that imprisonment would not be an appropriate sentence, the statutory conditions precedent for a conditional sentence were not met. Further, the conditional sentence was imposed here not by reason of the offence, but to enforce the non-payment of the fine (at para. 40):

I think it is just as much an error in principle to impose a conditional sentence in these circumstances as it would have been to impose a custodial sentence. Both amount to deprivation of liberty, not as a fit sanction for the offence committed, but because the offender is unable to pay a fine. Economic imprisonment whether in jail or in the community is offensive to the present provisions of the *Criminal Code* relating to fines.

He would therefore have allowed the Crown’s appeal.

est soit le paiement immédiat de l’amende, soit l’emprisonnement immédiat » (par. 18). Étant donné que [TRADUCTION] « l’effet juridique et pratique de la peine est d’envoyer le délinquant directement en prison » (par. 18), le juge Sharpe a conclu que les conditions préalables à l’imposition d’une peine d’emprisonnement avec sursis étaient réunies. S’il était tenu d’imposer une amende, le juge du procès n’était pas tenu d’imposer une peine d’emprisonnement pour défaut de paiement. Cependant, [TRADUCTION] « [l]’imposition d’une amende de 9 600 \$ qui ne pourrait être payée, et qui ne le serait pas, équivaudrait à une peine illusoire qui ne sanctionnerait pas adéquatement la conduite répréhensible de l’intimé » (par. 19). En conséquence, selon les juges de la majorité, l’imposition d’une peine d’emprisonnement avec sursis pour défaut de paiement immédiat de l’amende a permis au juge du procès d’en arriver à une peine qui [TRADUCTION] « respectait la lettre de la loi, était adaptée spécifiquement à la situation du délinquant et accordait toute l’importance voulue aux objectifs de dissuasion et de châ-timent » (par. 19).

## 2. Le juge Doherty, dissident

Selon le juge Doherty, les conditions légales préalables à l’imposition d’une peine d’emprisonnement avec sursis n’ont pu être remplies à partir du moment où le juge du procès a décidé que l’emprisonnement ne constituait pas une peine appropriée. Qui plus est, le sursis à l’emprisonnement a été imposé en l’espèce non pas en raison de l’infraction, mais bien pour sanctionner le non-paiement de l’amende (au par. 40) :

[TRADUCTION] Je crois que, dans ces circonstances, le sursis à l’emprisonnement est autant une erreur de principe que le serait l’imposition d’une peine d’emprisonnement. Ces deux peines entraînent une privation de liberté, non pas à titre de sanction appropriée pour l’infraction perpétrée, mais bien parce que le délinquant s’avère incapable de payer une amende. Qu’il soit purgé en prison ou au sein de la collectivité, l’emprisonnement pour des causes économiques est contraire aux dispositions actuelles du *Code criminel* en matière d’amendes.

Il aurait donc accueilli l’appel du ministère public.



### III. Analysis

The principles of sentencing include Parliament's direction that "an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances", and "all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders" (s. 718.2(d) and (e) of the *Code* (emphasis added)).

Applying these principles, the trial judge concluded very firmly that the respondent should not go to jail for what was seen as a relatively minor role in this cigarette smuggling operation. The respondent did not bring the goods across the border. He had no previous record for such an offence. He was no danger to the community. He was the sole support for his teenage daughter. Yet, in default of payment of a mandatory minimum \$9,600 fine, which the judge believed the respondent had no ability to pay, he felt obliged to consider a significant period of incarceration. Indeed, the Crown Attorney at trial calculated that under s. 734(5) the statutory formula would "deem" the period of imprisonment in default of payment of a \$9,600 fine to be 174 days. (The Crown conceded the formula was inapplicable to a fine imposed under the *Excise Act*.) The judge found he retained a discretion to order a shorter sentence and would have sentenced the respondent to 30 days in jail in default of payment were a conditional sentence not an available option.

That said, the trial judge concluded that a conditional sentence *was* available. The following exchange occurred at the sentencing hearing:

[DEFENCE]: So it would make sense to me, if I can just get this off my chest, it would make sense to me that if you can give a conditional sentence . . .

### III. Analyse

Les principes de détermination de la peine incluent la directive du législateur énonçant « l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient », de même que « l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances » (al. 718.2d) et e) du *Code* (je souligne)).

Appliquant ces principes, le juge du procès a conclu catégoriquement que l'intimé ne devait pas être emprisonné pour le rôle considéré relativement mineur qu'il avait joué dans cette opération de contrebande de cigarettes. L'intimé n'a pas traversé la frontière avec les marchandises. Il n'avait aucun antécédent judiciaire relativement à une telle infraction. Il ne représentait pas un danger pour la sécurité de la collectivité. Il subvenait seul aux besoins de sa fille adolescente. Malgré tout, le juge s'estimait tenu d'envisager une période d'emprisonnement appréciable à défaut de paiement de l'amende minimale obligatoire de 9 600 \$, qu'il croyait l'intimé incapable de payer. En fait, le procureur du ministère public a calculé au procès qu'en vertu du par. 734(5), la formule prévue dans la loi établirait à 174 jours la période d'emprisonnement « réputée » infligée pour défaut de paiement d'une amende de 9 600 \$. (Le ministère public a admis que la formule ne s'appliquait pas à une amende imposée sous le régime de la *Loi sur l'accise*.) Le juge a estimé qu'il disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour réduire la peine et, s'il avait conclu à l'impossibilité d'ordonner le sursis à l'emprisonnement, il aurait condamné l'intimé à 30 jours d'emprisonnement pour défaut de paiement.

Cela dit, le juge du procès a conclu qu'une peine d'emprisonnement avec sursis *était* possible. L'échange suivant a eu lieu lors de l'audience de détermination de la peine :

[TRADUCTION]

[DÉFENSE] : Il me semble alors logique — si vous me le permettez — il me semble logique de dire que s'il est possible d'imposer une peine d'emprisonnement avec sursis . . .

16

17

18

THE COURT: For a manslaughter

[DEFENCE]: . . . for a manslaughter or for anything else when jail is an appropriate sentence, surely on a fine situation, for a tax [evasion], surely, it would be logical to say that you can give a conditional sentence in that circumstance.

LA COUR : Pour homicide involontaire coupable

[DÉFENSE] : . . . pour homicide involontaire coupable ou toute autre infraction pour laquelle il convient d'infliger une peine d'emprisonnement, il est à plus forte raison, et en toute logique, permis d'imposer le sursis à l'emprisonnement dans le cas d'une amende, pour [fraude] fiscale.

THE COURT: . . . Why would a non-violent offender actually be detained in a custodial facility while a violent offender does not, if [he or she] doesn't threaten the safety of the community. . . .

LA COUR : . . . Pourquoi un délinquant non violent serait-il dans les faits détenu dans un établissement carcéral, alors que ce ne serait pas le cas d'un délinquant violent, s'il ne représente pas une menace pour la sécurité de la collectivité. . . .

19

Ordinarily, of course, the appellate courts will defer to the sentence considered appropriate by the trial judge, who "possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system": *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 91; see also *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8, at para. 19. Moreover, "the sentencing judge will generally have a better knowledge of the community in which the offences occurred and is therefore in a better position to craft an appropriate sentence" (*R.A.R.*, *supra*, at para. 19). In this case, however, the Crown argues that the trial judge made an error of law in concluding that a conditional sentence was an available option. I agree.

Il va sans dire que les cours d'appel s'en remettent normalement à la peine considérée appropriée par le juge du procès qui, « [d]u fait qu'il sert en première ligne de notre système de justice pénale, [. . .] possède également une qualification unique sur le plan de l'expérience et de l'appréciation » : *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 91; voir également *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8, par. 19. En outre, « [le juge qui détermine la peine] connaît généralement mieux la collectivité où l'infraction a été perpétrée et il est donc mieux placé pour fixer une peine appropriée » (*R.A.R.*, précité, par. 19). En l'occurrence, cependant, le ministère public soutient que le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant à la possibilité d'imposer une peine d'emprisonnement avec sursis. Je partage l'avis du ministère public.

20

The Crown has a very practical interest in the subject matter of this appeal. Imprisonment terminates the Crown's power to pursue civil enforcement remedies to collect the money (s. 734.7(4) of the *Code*). Some individuals with savings in the bank might prefer spending 75 days under house arrest rather than paying \$9,600. In this case, however, the evidence is that the respondent's poverty left him with no choice in the matter.

Le ministère public a un intérêt très pratique dans l'objet du présent pourvoi. L'emprisonnement met fin au pouvoir du ministère public de recourir aux mesures d'exécution civile pour le recouvrement des montants dus (par. 734.7(4) du *Code*). Ceux qui ont quelques économies en banque peuvent préférer passer 75 jours en détention à domicile plutôt que de payer 9 600 \$. En l'espèce, cependant, la preuve montre que la pauvreté de l'intimé ne lui laissait aucun choix.

A. *The Mandatory Minimum Fine*

A. *L'amende minimale obligatoire*

21

Parliament is quite specific about the range of penalties in s. 240 of the *Excise Act*:

À l'article 240 de la *Loi sur l'accise*, le législateur prévoit expressément les différentes peines applicables :

**240.** (1) Subject to subsections (2) and (3), every person who sells or offers for sale or has in the person's possession any manufactured tobacco or cigars, whether manufactured in or imported into Canada, not put up in packages and stamped with tobacco stamps or cigar stamps in accordance with this Act and the ministerial regulations

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to

(i) a fine of not less than the amount determined under subsection (1.1) and not more than the lesser of \$500,000 and the amount determined under subsection (1.2), or

(ii) both the fine described in subparagraph (i) and imprisonment for a term not exceeding two years. [Emphasis added.]

The trial judge could, in a proper case, have concluded that a fit sentence would include both the mandatory minimum fine *and* a period of imprisonment. He emphatically decided that imprisonment was not a fit punishment. Indeed, as stated, his preference would have been to impose no more than a suspended sentence with probation. Yet in *Proulx* itself, Lamer C.J. stated, at para. 55:

At one end of the range, Parliament denied the possibility of a conditional sentence for offenders who should receive a penitentiary term. At the other end, Parliament intended to ensure that offenders who were entitled to a more lenient community measure — such as a suspended sentence with probation — did not receive a conditional sentence, a harsher sanction in this legislative scheme. [Emphasis added.]

A mandatory minimum fine of \$9,600 imposed irrespective of the offender's means to pay is a legislated exception to the usual sentencing principles. Even before the 1996 sentencing reforms, the correct rule was that a fine should be assessed having regard to "the offender's ability to pay" (*R. v. Snider* (1977), 37 C.C.C. (2d) 189 (Ont. C.A.), at p. 190). It was quite open to Parliament to impose a minimum fine, but Parliament's amendments did not require that inability to pay should necessarily land the

**240.** (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), quiconque vend, offre en vente ou a en sa possession du tabac fabriqué ou des cigares de tout genre importés ou fabriqués au Canada qui ne sont pas emballés et qui ne portent pas l'estampille de tabac ou l'estampille de cigares en conformité avec la présente loi et le règlement ministériel est coupable :

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible :

(i) soit d'une amende au moins égale au montant déterminé selon le paragraphe (1.1), sans dépasser le moins élevé de 500 000 \$ et du montant déterminé selon le paragraphe (1.2),

(ii) soit de l'amende visée au sous-alinéa (i) et d'un emprisonnement maximal de deux ans. [Je souligne.]

Si le cas s'y était prêté, le juge du procès aurait pu conclure qu'il était juste d'imposer, à titre de peine, à la fois l'amende minimale obligatoire *et* une période d'emprisonnement. Il a décidé de manière catégorique que l'emprisonnement n'était pas une peine adaptée à l'infraction. En fait, comme je l'ai déjà dit, il aurait préféré tout au plus ordonner un sursis au prononcé de la peine avec mise en probation. Le juge en chef Lamer affirmait cependant au par. 55 de l'arrêt *Proulx* :

À une extrémité du spectre, le législateur a refusé le bénéfice de cette sanction aux délinquants qui devraient recevoir une peine d'emprisonnement dans un pénitencier. À l'autre extrémité du spectre, il a voulu faire en sorte que les délinquants admissibles à une sanction communautaire plus clémente — telle qu'un sursis au prononcé de la peine avec mise en probation — ne soient pas condamnés à l'emprisonnement avec sursis, sanction plus sévère dans le régime législatif. [Je souligne.]

En infligeant une amende minimale obligatoire de 9 600 \$ sans égard à la capacité du délinquant de payer, le législateur a créé une exception aux principes usuels de détermination de la peine. Même avant les réformes apportées en 1996 au régime de détermination de la peine, la règle voulait que le montant de l'amende soit établi en fonction de [TRADUCTION] « la capacité du délinquant de payer » (*R. c. Snider* (1977), 37 C.C.C. (2d) 189 (C.A. Ont.), p. 190). Il était tout à fait loisible au législateur d'imposer une

offender in jail. Indeed, the 1996 amendments show that Parliament did not intend to send the impoverished to jail by reason only of their inability to pay.

#### B. *Availability of Conditional Sentences*

24

Conditional sentences were introduced with the 1996 sentencing reforms of the *Code*. The Minister of Justice explained the purpose of his bill as follows:

A general principle that runs throughout Bill C-41 is that jails should be reserved for those who should be there. Alternatives should be put in place for those who commit offences but who do not need or merit incarceration.

(*House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5873)

The conditional sentencing regime is dealt with in s. 742.1 of the *Code* which provides as follows:

**742.1** Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

25

In *Proulx*, *supra*, it was held that the requirement that the court impose "a sentence of imprisonment of less than two years" was intended to identify the type of offenders who could be entitled to a conditional sentence (para. 55). Specifically, Parliament did not intend conditional sentences to be "probation under a different name" (para. 28). A conditional

amende minimale, mais les modifications qu'il a apportées n'exigeaient pas que l'incapacité de payer du délinquant lui vaille nécessairement une peine d'emprisonnement. En fait, il ressort des modifications de 1996 que le législateur n'avait nullement l'intention d'emprisonner les démunis du seul fait de leur incapacité de payer.

#### B. *Applicabilité de l'emprisonnement avec sursis*

Le sursis à l'emprisonnement a été adopté dans le cadre des réformes apportées en 1996 au régime de détermination de la peine du *Code*. C'est en ces termes que le ministre de la Justice a expliqué l'objet de son projet de loi :

On retrouve, tout au long du projet de loi C-41, un principe général voulant que l'on emprisonne que les personnes qui méritent d'être emprisonnées. Il faudrait prévoir d'autres solutions pour les personnes qui commettent des infractions ne nécessitant pas une incarcération.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 20 septembre 1994, p. 5873)

Le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement est établi par l'art. 742.1 du *Code*, ainsi libellé :

**742.1** Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3. [Je souligne.]

L'arrêt *Proulx*, précité, a établi que la condition que le délinquant soit « condamné à un emprisonnement de moins de deux ans » visait à indiquer le type de délinquants admissibles au sursis à l'emprisonnement (par. 55). Plus particulièrement, le législateur n'a pas voulu faire du sursis à l'emprisonnement une « ordonnance de probation sous

sentence is a sentence of imprisonment, albeit the sentence is served in the community. It is imprisonment without incarceration. Only when the sentencing judge has rejected other sentencing options, such as a conditional discharge, a suspended sentence, probation or a fine, and has concluded that a term of imprisonment of less than two years is required by the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender, does a conditional sentence arise for consideration. At that point, the question is where the term of imprisonment is to be served, in a penal institution or, under punitive conditions, in the community. “It is this punitive aspect that distinguishes the conditional sentence from probation” (*Proulx, supra*, at para. 22).

The trial judge’s explicit finding that this was a proper case for a suspended sentence and probation, and that imprisonment was not warranted, puts this case outside the scope of a conditional sentence. As stated in *Proulx*, at para. 37: “Sentencing judges should always be mindful of the fact that conditional sentences are only to be imposed on offenders who would otherwise have been sent to jail” for the offence that gave rise to the conviction.

The statutory conditions precedent to a conditional sentence were not met in two important respects:

(i) The trial judge, with the best of intentions, stood the *Proulx* reasoning on its head. He was searching for a mechanism to deal with an offence that in his view did not warrant imprisonment at all. He thought justice would be served by keeping the respondent, if at all possible, *out* of jail entirely. But the conditional sentencing regime is predicated on a finding in a particular case that jail for less than two years would be a fit sentence. The effect of the trial judge’s approach would be to widen the net of the conditional sentencing regime to imprison in their homes offenders under punitive conditions purely on the basis of their inability to pay a fine. Net widening is repugnant to the conditional sentence

un autre nom » (par. 28). Le sursis à l’emprisonnement est une peine d’emprisonnement, bien qu’elle soit purgée au sein de la collectivité. Il s’agit d’un emprisonnement sans incarceration. Le juge chargé de la détermination de la peine n’envisage l’octroi du sursis à l’emprisonnement qu’après avoir rejeté les autres peines possibles — telles que l’absolution sous conditions, le sursis au prononcé de la peine, la mise en probation ou l’imposition d’une amende — et après avoir conclu que la gravité de l’infraction et le degré de responsabilité du délinquant appellent une peine d’emprisonnement de moins de deux ans. Il lui faut alors se demander si la peine d’emprisonnement doit être purgée dans un établissement carcéral ou, assortie de conditions à caractère punitif, au sein de la collectivité. « C’est cette dimension punitive qui distingue l’emprisonnement avec sursis de la probation » (*Proulx*, précité, par. 22).

Le juge du procès ayant expressément conclu qu’il convenait en l’espèce d’octroyer un sursis au prononcé de la peine avec mise en probation et que l’emprisonnement n’était pas justifié, l’application du sursis à l’emprisonnement est exclue. Comme il a été dit dans *Proulx*, par. 37 : « le juge qui détermine la peine ne doit jamais oublier que le sursis à l’emprisonnement ne doit être prononcé qu’à l’égard des délinquants qui autrement iraient en prison » pour l’infraction ayant donné lieu à la condamnation.

Les conditions légales préalables à l’imposition d’une peine d’emprisonnement avec sursis n’ont pas été remplies, et ce, à deux égards importants :

(i) Le juge du procès, qui était animé des meilleures intentions, a adopté un raisonnement inverse à celui établi dans *Proulx*. Il tentait de trouver un mécanisme pour traiter une infraction qui, à son sens, ne justifiait pas l’emprisonnement. Il croyait dans l’intérêt de la justice de *n’emprisonner* l’intimé *d’aucune façon* dans la mesure où cela était possible. Or, le régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement suppose que le juge ait conclu, dans une situation donnée, qu’une peine d’emprisonnement de moins de deux ans serait juste. L’approche adoptée par le juge du procès aurait pour effet d’étendre l’application du régime d’emprisonnement avec sursis de manière à détenir les délinquants à

26

27

regime: *Proulx, supra*, at para. 56. What is more, if the punitive conditions are breached, the offender would face the prospect of serving the balance of the sentence in an institution without possibility of parole (*Proulx*, at paras. 42-44), thereby adding further to the high rates of incarceration that the 1996 sentencing reforms were designed to alleviate.

(ii) Conditional sentences are presented in s. 742.1 of the *Code* as a sentencing option, if the conditions precedent are met, for the *original* offence, as Doherty J.A. emphasized in the present case. The distinction between sentencing provisions and enforcement of sentences is of long standing: *Regimbald v. Chong Chow* (1925), 38 Que. K.B. 440, at p. 445. Section 240 of the *Excise Act* permits the sentencing judge to send an offender to jail on summary conviction for up to two years. The trial judge rejected jail as a fit punishment for this offence. Jail only entered his calculation as a default provision for non-payment. As such, jail was triggered by the default, not the offence. No default, no jail. The decision of the judge to collapse the sentencing hearing into a default of payment hearing was done for administrative convenience, apparently, but it did not eliminate the fact that legally there was a shifting of gears from sentence to default to consideration of the appropriate sentence for default to committal. The conditional sentence is a creature of statute and nowhere in s. 742.1 or elsewhere in the *Code* is it suggested that conditional sentences are available to enforce unpaid fines.

domicile et à les assujettir à des conditions à caractère punitif sur le seul fondement de leur incapacité de payer une amende. L'extension de l'application du régime d'emprisonnement avec sursis serait contraire à son esprit : *Proulx*, précité, par. 56. Qui plus est, en cas de manquement aux conditions à caractère punitif, le délinquant pourrait devoir purger le reste de sa peine en établissement sans possibilité de libération conditionnelle (*Proulx*, par. 42 à 44), ce qui augmente davantage le haut taux d'incarcération que les réformes apportées en 1996 au régime de détermination de la peine visaient à réduire.

(ii) L'article 742.1 du *Code* présente le sursis à l'emprisonnement comme une peine qui peut être imposée à l'égard de l'infraction *initiale*, pourvu que les conditions préalables soient réunies, comme le juge Doherty l'a souligné en l'espèce. La distinction entre les dispositions relatives à la détermination de la peine et l'application des peines ne date pas d'hier : *Regimbald c. Chong Chow* (1925), 38 B.R. 440, p. 445. L'article 240 de la *Loi sur l'accise* permet au juge qui détermine la peine de condamner le délinquant à un emprisonnement maximal de deux ans sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Le juge du procès a écarté l'emprisonnement, estimant qu'il ne s'agissait pas d'une peine adaptée à l'infraction en l'espèce. L'emprisonnement ne lui est venu à l'esprit qu'à titre de mesure applicable en cas de défaut pour non-paiement. Par conséquent, l'emprisonnement découlait du défaut, et non de l'infraction. Sans défaut, pas d'emprisonnement. La décision du juge de transformer l'audition sur la détermination de la peine en audition sur le défaut de paiement tient apparemment à des considérations de commodité administrative, mais cela ne change rien au fait que, sur le plan du droit, il est passé de la détermination de la peine au défaut, puis, successivement, à la détermination de la peine pour sanctionner le défaut et à l'incarcération. Le sursis à l'emprisonnement tire son origine de la loi et nulle part dans l'art. 742.1, ni ailleurs dans le *Code*, ne mentionne-t-on la possibilité de recourir à l'emprisonnement avec sursis à titre de sanction pour une amende impayée.

### C. *The Trial Judge's Dilemma*

The trial judge's dilemma was that he was required by the *Excise Act* to impose a *minimum* fine of \$9,600, rising to a *maximum* of \$14,400 based on a mechanical formula applied to the quantity of contraband cigarettes found in the offender's possession. The trial judge did not dispute the logic of the minimum mandatory fine because in his view contraband is a serious problem in the community. His concern was the perceived inevitability of incarceration that would arise from enforcement action consequent on the respondent's inability to pay.

The error in the trial judge's approach, with respect, was his conclusion that, in the case of this respondent, the only alternative to a conditional sentence was actual jail time.

As a matter of law, there was nothing inevitable about incarceration in the event the respondent was simply unable to pay the \$9,600 fine by reason of his poverty.

### D. *No Time Given for Payment*

As stated, the trial judge gave the respondent no time to pay. This was in accordance with a request from the defence, which sought to lay the basis for a conditional sentence. But it was an error. If it is clear that the offender does not have the means to pay immediately, he or she should be given time to pay: see *R. v. Andrews*, [1974] 2 W.W.R. 481 (B.C.S.C.), and *R. v. Brooks*, [1988] N.S.J. No. 94 (QL) (C.A.). The time should be what is reasonable in all the circumstances: *R. v. Beaton* (1984), 49 Nfld. & P.E.I.R. 15 (P.E.I.C.A.), and *R. v. Tessier* (1957), 21 W.W.R. 331 (Man. Co. Ct.). In *Attorney General of Canada v. Radigan* (1976), 33 C.R.N.S. 358, the Quebec Court of Appeal allowed the offender to pay a fine of \$5,000 through semi-annual instalments of \$625. The courts have considerable flexibility to respond to the particular facts of an offender's situation. It is wrong to assume, as was done in this case, that the

### C. *Le dilemme du juge du procès*

Si le juge du procès se retrouvait devant un dilemme, c'est que la *Loi sur l'accise* l'obligeait à imposer une amende *minimale* de 9 600 \$, qui pouvait atteindre un *maximum* de 14 400 \$ par application d'une formule mécanique à la quantité de cigarettes de contrebande trouvées en la possession du délinquant. Le juge du procès n'a pas mis en cause la logique de l'amende minimale obligatoire, parce que la contrebande posait à son avis un sérieux problème au sein de la collectivité. Ce qui le préoccupait, c'est qu'il croyait que toute mesure d'exécution entraînerait inévitablement l'emprisonnement de l'intimé du fait de son incapacité de payer.

À mon humble avis, là où le juge du procès a commis une erreur, c'est en concluant que, dans le cas de l'intimé, la seule solution de rechange à l'emprisonnement avec sursis était son incarcération pure et simple.

Sur le plan du droit, il n'était absolument pas inévitable que l'intimé soit incarcéré si, en raison de sa pauvreté, il était tout simplement incapable de payer l'amende de 9 600 \$.

### D. *Absence de délai de paiement*

Comme je l'ai déjà dit, le juge du procès n'a accordé à l'intimé aucun délai de paiement. Il a agi ainsi à la demande de la défense, qui cherchait à établir un fondement à l'octroi de l'emprisonnement avec sursis. Mais il a eu tort d'agir ainsi. Si le délinquant n'a de toute évidence pas les moyens de payer sa dette immédiatement, le tribunal doit lui accorder un délai pour l'acquitter : voir *R. c. Andrews*, [1974] 2 W.W.R. 481 (C.S.C.-B.), et *R. c. Brooks*, [1988] N.S.J. No. 94 (QL) (C.A.). Ce délai devrait être établi selon ce qui est raisonnable eu égard à toutes les circonstances : *R. c. Beaton* (1984), 49 Nfld. & P.E.I.R. 15 (C.A.Î.-P.-É.), et *R. c. Tessier* (1957), 21 W.W.R. 331 (C. cté Man.). Dans *Attorney General of Canada c. Radigan* (1976), 33 C.R.N.S. 358, la Cour d'appel du Québec a permis au délinquant de payer une amende de 5 000 \$ par versements semi-annuels de 625 \$. Les tribunaux ont une marge de manœuvre considérable pour

28

29

30

31

circumstances of the offender at the date of the sentencing will necessarily continue into the future.

32 Here, the trial judge issued a committal order forthwith. The *Code* provides that “[w]here no time has been allowed for payment of a fine and a warrant committing the offender to prison for default of payment of the fine is issued, the court shall state in the warrant the reason for immediate committal” (s. 734.7(2)). This language suggests that only in exceptional circumstances that call for judicial explanation should an immediate committal order be made. Here there were no exceptional circumstances. The reason given was simply that the respondent was on welfare and lacked the ability to pay.

33 An offender’s inability to pay is precisely the reason why time is allowed, not a reason why it should be altogether denied: *R. v. Natrall* (1972), 9 C.C.C. (2d) 390 (B.C.C.A.), at p. 397; *R. v. Zink* (1992), 13 B.C.A.C. 241. It is true that the fine could not have been paid immediately, and perhaps never in full, but the mandatory minimum fine scheme imposed by Parliament was effectively nullified by immediately shifting the penalty from the respondent’s financial interest to his liberty interest. Parliament clearly intended that an economic punishment be imposed for an economic offence. The Crown in its factum says that tobacco smuggling results in an estimated \$1 billion loss in tax revenue per year. As noted, committal of an offender for default of payment terminated the operation of all other enforcement mechanisms to collect the fine (s. 734.7(4)). It is often difficult to predict with certainty whether an offender will in future acquire the means to pay the fine, whether through his or her own labour, or perhaps a windfall.

composer avec la situation particulière d’un contrevenant. On aurait tort de supposer, comme ce fut le cas en l’espèce, que la situation du délinquant à la date de la détermination de la peine demeurera nécessairement inchangée dans le futur.

En l’occurrence, le juge du procès a immédiatement décerné un mandat d’incarcération. Le *Code* prévoit : « Si aucun délai de paiement n’a été accordé et qu’un mandat ordonnant l’incarcération du délinquant à défaut du paiement de l’amende est délivré, le tribunal énonce dans le mandat le motif de l’incarcération immédiate » (par. 734.7(2)). Ce libellé indique qu’un mandat d’incarcération immédiate ne devrait être décerné que dans des cas exceptionnels que le tribunal doit expliquer. En l’espèce, le tribunal ne se trouvait pas en présence d’un tel cas exceptionnel. Le motif invoqué est simplement que l’intimé était prestataire de l’aide sociale et qu’il n’avait pas les moyens de payer.

L’incapacité de payer constitue le motif précis pour lequel on accorde un délai de paiement au délinquant, et non un motif de lui refuser purement et simplement tout délai : *R. c. Natrall* (1972), 9 C.C.C. (2d) 390 (C.A.C.-B.), p. 397; *R. c. Zink* (1992), 13 B.C.A.C. 241. Certes, l’amende n’aurait pas pu être payée immédiatement, ni peut-être jamais intégralement, mais le tribunal a neutralisé, en fait, le régime d’amende minimale obligatoire instauré par le législateur en imposant immédiatement une peine qui entravait la liberté de l’intimé, alors qu’elle aurait dû toucher plutôt ses intérêts financiers. L’intention du législateur était clairement de sanctionner une infraction économique par des mesures économiques. Dans son mémoire, le ministère public évalue à un milliard de dollars les pertes annuelles en recettes fiscales attribuables à la contrebande de cigarettes. Comme je l’ai fait remarquer, l’incarcération d’un délinquant pour défaut de paiement met fin à l’application de tous les autres mécanismes de recouvrement de l’amende (par. 734.7(4)). Il est souvent difficile de prévoir de façon certaine si un contrevenant sera un jour en mesure de s’acquitter de l’amende, grâce au fruit de son travail ou, peut-être, à un gain providentiel.



### E. *Imprisonment for Debt*

The trial judge of course put his finger on a serious problem. Debtors' prison, a dreadful institution excoriated by Charles Dickens in *Little Dorrit*, is no longer with us. But according to the most recent report from Statistics Canada, 17 percent of all people in custody in provincial or territorial institutions in 2000-2001 were jailed for default on unpaid fines, i.e., at least one of the causes for their committal arose from a fine default: see Canadian Centre for Justice Statistics, *Adult Correctional Services in Canada, 2000-2001* (2002), at Table 7. The numbers are fairly steady, if in slight decline, from 20 percent in 1998-1999 to 19 percent in 1999-2000.

A similar picture was presented by the National Council of Welfare in its report *Justice and the Poor* (2000), at p. 76. The Council says that in 1989-1990, fine default "played a major role" in the imprisonment of women, especially of Aboriginal women in the Prairie provinces. At the time, 47 percent of female prisoners in Saskatchewan were admitted for fine default. On a provincial basis, the Council noted of the Quebec system, at pp. 76-77, for example:

A 1994 Quebec survey found that 35 percent of the imprisoned defaulters had been fined for offences under the Criminal Code or other federal criminal laws (average fine of \$262 or, in case of default, average of 26 days in prison), 10 percent for both federal and provincial offences (average \$1,366 or 50 days), and 55 percent for violations of provincial laws (average \$342 or 13 days) or municipal bylaws (average \$116 or 8 days). The vast majority (65 percent) of the fines had been issued for driving/traffic offences, mostly under provincial laws (45 percent). The rest of the fines were for thefts and other property offences under the Criminal Code (5 percent), violations of drug laws and other federal statutes (3 percent), assaults and other offences against the person (2 percent), illegal hunting, poaching and other violations of provincial laws (2 percent), failure to appear in court and other Criminal Code

### E. *L'emprisonnement pour dettes*

Le juge du procès a bien sûr relevé un sérieux problème. La prison pour dettes, une terrible institution dénoncée par Charles Dickens dans son œuvre *La petite Dorrit*, appartient désormais au passé. Cependant, selon le plus récent rapport de Statistique Canada, 17 p. 100 des personnes détenues dans les établissements provinciaux et territoriaux en 2000-2001 y ont été admises pour défaut de paiement d'une amende, c'est-à-dire que leur incarcération résulte, au moins en partie, d'une amende impayée : voir Centre canadien de la statistique juridique, *Services correctionnels pour adultes au Canada, 2000-2001* (2002), tableau 7. Les statistiques sont relativement stables, sinon en légère baisse, passant de 20 p. 100 en 1998-1999 à 19 p. 100 en 1999-2000.

Le Conseil national du bien-être social a brossé un portrait similaire dans son rapport intitulé *La justice et les pauvres* (2000), p. 87. Le Conseil rapporte qu'en 1989-1990, le défaut de payer une amende a « jou[é] un rôle majeur » dans l'incarcération des femmes, surtout les femmes autochtones dans les Provinces des Prairies. À l'époque, 47 p. 100 des femmes en prison en Saskatchewan y avaient été admises pour défaut de paiement d'une amende. Quant à la situation dans chaque province, le Conseil a dit ce qui suit concernant le Québec, à la p. 87 :

Une enquête québécoise effectuée en 1994 a découvert que dans 35 pour cent des cas, les gens emprisonnés pour défaut de payer une amende avaient été condamnés pour une offense en vertu d'une loi fédérale (amende moyenne de 262 \$ ou, en cas de défaut, moyenne de 26 jours de prison). Dans 10 pour cent des cas, ils avaient été condamnés à plus d'une amende pour des offenses fédérales et provinciales (amende moyenne de 1 366 \$ ou 50 jours). Dans 55 pour cent des cas, les amendes étaient pour des infractions provinciales (amende moyenne de 342 \$ ou 13 jours) ou municipales (amende moyenne de 116 \$ ou huit jours).

La grande majorité (65 pour cent) des amendes étaient pour des infractions concernant la conduite d'un véhicule automobile, surtout en vertu d'une loi provinciale (45 pour cent). Le reste des amendes avaient été

34

35

violations (15 percent) as well as unspecified municipal offences (8 percent).

imposées pour des vols et d'autres crimes contre les biens en vertu du Code criminel (5 pour cent), pour des offenses relatives à la loi sur les drogues ou à d'autres lois fédérales (3 pour cent), pour des voies de fait et d'autres offenses contre la personne (2 pour cent), pour la chasse illégale, le braconnage et d'autres infractions aux lois provinciales (2 pour cent), pour le défaut de comparaître en cour et d'autres infractions au Code criminel (15 pour cent) ainsi que pour diverses infractions municipales (8 pour cent).

36

It is curious that, while a force behind the 1996 sentencing reforms to the *Code* was a reaction to the overuse of prison as a sanction (*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 57), prison as an enforcement mechanism for unpaid fines remains at such a high level. In its 1987 report, the Canadian Sentencing Commission had observed that “[t]he imposition of a ‘semi-automatic’ prison term for fine default has been the subject of relentless criticism in the sentencing literature. There is statistical evidence to support the conclusion that the imprisonment of fine defaulters without reference to their ability to pay discriminates against impoverished offenders”: *Sentencing Reform: A Canadian Approach — Report of the Canadian Sentencing Commission* (1987), at p. 380. The Commission recommended that “a quasi-automatic prison term not be imposed for fine default and that offenders only be incarcerated for wilful breach of a community sanction” (p. 381), meaning probation or fines (p. 347). In its 1996 sentencing reforms, Parliament took these views into account.

S’il faut comprendre les modifications apportées au *Code* en 1996 pour réformer la détermination de la peine comme une réaction au recours trop fréquent à l’incarcération à titre de sanction (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 57), il est étrange que l’incarcération demeure encore aussi répandue comme mécanisme de sanction pour non-paiement d’une amende. Dans son rapport de 1987, la Commission canadienne sur la détermination de la peine a fait observer que « [l]es études sur la détermination des sentences ont fortement critiqué l’imposition d’une peine d’emprisonnement “quasi automatique” pour défaut de payer l’amende. Les statistiques sont là pour prouver que c’est faire preuve de discrimination envers les contrevenants aux ressources limitées que d’emprisonner, sans tenir compte de leurs moyens de payer, les personnes qui n’ont pas payé leur amende » : *Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine* (1987), p. 419. La Commission a recommandé que « l’on n’impose pas une peine d’emprisonnement quasi automatique pour défaut de paiement d’une amende et que le contrevenant ne soit incarcéré que s’il viole *délibérément* les modalités d’une sanction communautaire » (p. 420), c’est-à-dire la probation ou les amendes (p. 381). Le législateur a pris ce point de vue en compte dans les réformes qu’il a apportées en 1996 au régime de détermination de la peine.

37

I do not overlook the corollary problem that poverty should not become a shield against any punishment at all. Otherwise, smugglers will simply be encouraged to redouble their efforts to recruit impoverished people as runners. Nor is it suggested that jail is never a fit sentence for people in the respondent’s position. In this case, however, we are confronted with a specific finding by the sentencing

Je ne perds pas de vue le problème connexe, soit que la pauvreté ne devrait pas servir de bouclier contre toute forme de sanction. Autrement, on inciterait simplement les contrebandiers à redoubler d’ardeur pour recruter des personnes démunies pour se livrer à la contrebande. Je ne dis pas non plus que l’emprisonnement ne peut jamais constituer une juste peine pour les personnes qui se trouvent

judge, not unreasonable in the circumstances, that jail was not a fit sentence for *this* offender.

It is one thing if the judge forms the view that jail is a fit sentence, albeit one from which the offender can extricate him- or herself by payment of a fine. It is another thing altogether where the judge, as here, concludes that jail time is not appropriate.

#### F. *Encouragement to Pay*

The appellant Crown states in its factum on the present appeal, “[t]he purpose of a term of imprisonment in default is to encourage fine payment; it is not punishment for an offence.” “Encouragement” presupposes the offender has the wherewithal to somehow organize payment. If, as the collection lawyers say, you cannot get blood from a stone, no amount of “encouragement” is going to cause the stone to bleed.

The Crown’s submission finds an echo in late 18th century England. A leading scholarly study of the King’s Bench debtors’ prison points out that what creditors wanted

was, above all, the power to *threaten* imprisonment. A debtor who was brought to court, even if he could put up bail, received a forceful reminder of his perilous situation. Court appearance might well induce a debtor with resources to re-order his priorities and settle outstanding claims. Even a debtor without resources might find himself able, under the shadow of the law, to dredge up sufficient funds from friends and relatives. [Emphasis in original.]

(J. Innes, “The King’s Bench prison in the later eighteenth century: law, authority and order in a London debtors’ prison”, in J. Brewer and J. Styles, eds., *An Ungovernable People: The English and their law in the seventeenth and eighteenth centuries* (1980), 250, at p. 254)

dans la situation de l’intimé. En l’espèce, toutefois, le juge qui a prononcé la sentence a conclu expressément que l’emprisonnement ne constituait pas une juste peine pour le délinquant *en cause* et cette conclusion n’était pas déraisonnable dans les circonstances.

C’est une chose pour un juge de penser que l’emprisonnement est une juste peine, quoique le délinquant puisse s’en dégager en payant l’amende. C’est une tout autre chose pour lui que de conclure, comme en l’espèce, que l’emprisonnement n’est pas approprié.

#### F. *L’incitation au paiement*

Dans le mémoire qu’il a déposé dans le présent pourvoi, le ministère public appelant affirme : [TRADUCTION] « L’imposition d’une peine d’emprisonnement en cas de défaut vise à inciter les gens à payer leurs amendes; il ne s’agit pas d’une sanction pour une infraction. » Pour qu’il y ait « incitation », il faut que le délinquant ait, d’une manière ou d’une autre, les moyens de s’acquitter du paiement. Si, comme les avocats en recouvrement le disent, on ne peut pas tirer du sang d’une pierre, aucune mesure « incitative » ne fera faillir du sang de la pierre.

Cette prétention du ministère public trouve écho à la fin du 18e siècle en Angleterre. Un important ouvrage de doctrine portant sur la *King’s Bench debtors’ prison* révèle que les créanciers voulaient

[TRADUCTION] avant tout avoir le pouvoir de *brandir la menace* de l’emprisonnement. Le débiteur qui était traduit en justice, même s’il pouvait fournir une caution, se faisait rappeler sans détour dans quelle situation périlleuse il se trouvait. La comparution devant le tribunal pouvait fort bien inciter le débiteur qui en avait les moyens à remettre de l’ordre dans ses priorités et à acquitter ses dettes. Pris dans l’engrenage du droit, même le débiteur dépourvu de ressources pouvait réussir à recueillir suffisamment de fonds auprès de ses amis et des membres de sa famille. [En italique dans l’original.]

(J. Innes : « The King’s Bench prison in the later eighteenth century: law, authority and order in a London debtors’ prison », dans J. Brewer and J. Styles, dir., *An Ungovernable People: The English and their law in the seventeenth and eighteenth centuries* (1980), 250, p. 254)

38

39

40

41 Debtors' prison was used to enforce civil debts. In this case, we are dealing with debts owed to the Crown. One of the ideas underlying the 1996 sentencing reforms is that it was no more appropriate to use jail as a general collection agency for debts owed to the Crown than it is for debts owed to ordinary citizens.

42 It is true, of course, that some of those serving jail time in default of payment even today are doing so for reasons of personal preference, a matter of choice, as documented in a recent study for the British Home Office: R. Elliott and J. Airs, *New Measures for Fine Defaulters, Persistent Petty Offenders and Others: The Reports of the Crime (Sentence) Act 1997 Pilots* (2000), at pp. 32-35, 44 and 68-69.

43 However, the illusory nature of the "choice" between fine or imprisonment in many situations was noted by Kelly J. in *R. v. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1 (N.S.S.C. (T.D.)), at p. 13:

It is irrefutable that it is irrational to imprison an offender who does not have the capacity to pay on the basis that imprisonment will force him or her to pay. If the sentencing court chooses a fine as the appropriate sentence, it is obviously discarding imprisonment as being unnecessary under the particular circumstances. However, default provisions may be appropriate in circumstances where the offender may *choose* not to pay, presumably on principle, and would elect to spend time incarcerated rather than make a payment to the state. For the impecunious offenders, however, imprisonment in default of payment of a fine is not an alternative punishment — he or she does not have any real choice in the matter. At least this is the situation until fine option programs or related programs are in place. In effect, imprisonment of the poor in default of payment of a fine becomes a punishment that would not otherwise be imposed except for the economic limitations of the convicted person. [Underlining added.]

44 It was to address some of these weaknesses in the sentencing options that the Minister of Justice subsequently introduced Bill C-41, proclaimed in force on September 3, 1996.

L'incarcération pour dettes constituait une mesure d'exécution des dettes civiles. Nous nous intéressons en l'espèce aux créances de la Couronne. Dans l'esprit des réformes apportées en 1996 au régime de détermination de la peine, il ne convient pas davantage de recourir à la prison comme agence générale de recouvrement des créances de la Couronne que des créances des citoyens ordinaires.

Certes, quelques-uns des débiteurs qui purgent une peine d'emprisonnement pour défaut de paiement le font encore de nos jours pour une question de préférence personnelle, par choix, comme le révèle une étude récente effectuée pour le compte du ministère de l'Intérieur britannique : R. Elliott et J. Airs, *New Measures for Fine Defaulters, Persistent Petty Offenders and Others: The Reports of the Crime (Sentence) Act 1997 Pilots* (2000), p. 32-35, 44 et 68-69.

La nature illusoire, dans bien des cas, du « choix » entre l'amende ou l'emprisonnement a toutefois été notée par le juge Kelly dans *R. c. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1 (C.S.N.-É. 1<sup>re</sup> inst.), p. 13 :

[TRADUCTION] On ne peut réfuter qu'il est irrationnel d'emprisonner un délinquant qui n'a pas les moyens de payer au motif que cela l'obligera à payer. Lorsque le tribunal chargé de déterminer la peine décide d'infliger une amende, il rejette manifestement l'emprisonnement, estimant qu'il n'est pas nécessaire dans les circonstances. Cependant, des dispositions applicables en cas de défaut pourraient être appropriées lorsque le délinquant *choisit* de ne pas payer, supposément par principe, et qu'il préfère être incarcéré plutôt que de verser un montant à l'État. Par contre, pour les délinquants impécunieux, l'emprisonnement pour non-paiement d'une amende ne constitue pas une sanction facultative — ils n'ont pas vraiment le choix. C'est du moins le cas jusqu'à la mise en place d'un mode facultatif de paiement d'une amende ou de programmes connexes. En fait, l'emprisonnement des démunis pour non-paiement d'une amende devient une sanction qui n'aurait autrement pas été infligée n'eussent été les ressources financières limitées de la personne déclarée coupable. [Je souligne.]

C'est pour remédier à certaines de ces lacunes quant aux différentes peines possibles que le ministre de la Justice a présenté le projet de loi C-41, entré en vigueur par proclamation le 3 septembre 1996.

### G. *No Constitutional Question Raised*

Both the respondent and the intervener Charter Committee on Poverty Issues expressed the view that a *Charter* challenge *ought* to have been taken against the mandatory fine provision of the *Excise Act*. In particular, the Charter Committee on Poverty Issues contended that the law operates unequally as between the rich and the poor. A similar *Charter* challenge was made and rejected in *R. v. Zachary*, [1996] R.J.Q. 2484 (C.A.), and *R. v. MacFarlane* (1997), 121 C.C.C. (3d) 211 (P.E.I.C.A.). In the absence of a successful *Charter* challenge, we take the law as Parliament has passed it. This was accepted by the trial judge who rightly felt he had no option but to impose a \$9,600 fine.

### H. *The 1996 Sentencing Reforms*

The 1996 amendments made a number of important clarifications in this area of the law.

Firstly, Parliament rejected in general the notion that a fine should be set without regard to an offender's ability to pay. A means inquiry is now a condition precedent to the imposition of a fine except where otherwise provided by law. Section 734(2) of the *Code* now provides:

734. . . .

(2) Except when the punishment for an offence includes a minimum fine or a fine is imposed in lieu of a forfeiture order, a court may fine an offender under this section only if the court is satisfied that the offender is able to pay the fine or discharge it under section 736.

In this case, of course, Parliament did impose a minimum fine which, in his present circumstances, the respondent was unable to pay.

### G. *Absence de question constitutionnelle*

Tant l'intimé que l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté ont exprimé le point de vue selon lequel l'amende obligatoire prévue dans la *Loi sur l'accise* aurait dû être contestée sur le fondement de la *Charte*. Le Comité de la Charte et des questions de pauvreté a invoqué en particulier l'application inégale de la loi entre les riches et les pauvres. Une contestation similaire fondée sur la *Charte* a été engagée et rejetée dans *R. c. Zachary*, [1996] R.J.Q. 2484 (C.A.), et *R. c. MacFarlane* (1997), 121 C.C.C. (3d) 211 (C.A.Î.-P.-É.). Aucune contestation fondée sur la *Charte* n'ayant été accueillie, je passe à l'examen de la loi telle que le législateur l'a adoptée. C'est la prémisse que le juge du procès a acceptée, lui qui a estimé à juste titre qu'il n'avait d'autre choix que d'imposer une amende de 9 600 \$.

### H. *Les réformes apportées en 1996 au régime de détermination de la peine*

Les modifications effectuées en 1996 ont apporté, à d'importants égards, un certain nombre de précisions dans ce domaine du droit.

Premièrement, le législateur a rejeté de façon générale la notion selon laquelle une amende devait être fixée sans égard à la capacité de payer d'un délinquant. Sauf disposition contraire de la loi, le juge doit désormais s'assurer de la capacité de payer du délinquant avant de lui infliger une amende. Le paragraphe 734(2) du *Code* dispose actuellement :

734. . . .

(2) Sauf dans le cas d'une amende minimale ou de celle pouvant être infligée au lieu d'une ordonnance de confiscation, le tribunal ne peut infliger l'amende prévue au présent article que s'il est convaincu que le délinquant a la capacité de la payer ou de s'en acquitter en application de l'article 736.

En l'espèce, le législateur a de toute évidence imposé une amende minimale que le délinquant n'avait pas la capacité de payer vu les circonstances dans lesquelles il se trouvait.

45

46

47

- 48 Secondly, in s. 734(2), Parliament cross-referenced s. 736 which introduced into the *Code* recognition of provincial “fine option programs” in which, assuming such a plan exists and the offender is eligible for it, the fine may be discharged “in whole or in part by earning credits for work performed during a period not greater than two years”.
- 49 Thirdly, Parliament provided that a defaulting offender should not be sent to jail unless he or she has “without reasonable excuse, refused to pay the fine or discharge it under s. 736” (see s. 734.7(1) of the *Code*).
- 50 The Court of Appeal expressed concern that a fine that is not backed up with the threat of jail might be seen as a “hollow” sentence. The 1996 amendments make it clear, however, that while impoverished offenders are not to be jailed simply because of an inability to pay, they are nevertheless subject to available collection methods short of jail, including an obligation to work off their debts where a fine option program is in place. Moreover, the sentencing judge can certainly impose a fine plus a period of jail in default of payment to encourage payment. The problem here was that the sentencing judge moved directly from imposition to committal without passing through the intermediate stages of default and a s. 734.7(1) committal hearing.
- 51 If no “fine option program” is in place and the offender defaults, the Crown has a number of civil remedies, including refusal to “issue or renew or may suspend [any] licence, permit or other instrument until the fine is paid in full” (s. 734.5 of the *Code*), or the criminal court order may be filed as a judgment in a court of civil jurisdiction, with all the usual civil law collection remedies (s. 734.6). A third option is committal to jail for default,
- Deuxièmement, au par. 734(2), le législateur a renvoyé à l’art. 736, qui reconnaissait pour la première fois dans le *Code* les « modes facultatifs de paiement d’une amende » provinciaux permettant au délinquant de s’acquitter de l’amende « en tout ou en partie par acquisition de crédits au titre de travaux réalisés, sur une période maximale de deux ans », pourvu qu’un tel programme existe et que le délinquant y soit admissible.
- Troisièmement, le législateur a prévu qu’un contrevenant en défaut ne doit pas être incarcéré à moins d’avoir, « sans excuse raisonnable, refusé de payer l’amende ou de s’en acquitter en application de l’article 736 » (voir le par. 734.7(1) du *Code*).
- La Cour d’appel a exprimé la crainte qu’une amende qui ne serait pas renforcée par une menace d’incarcération puisse être perçue comme une peine « illusoire ». Cependant, il ressort clairement des modifications apportées en 1996 que, bien qu’ils ne doivent pas être emprisonnés uniquement en raison de leur incapacité de payer, les délinquants démunis demeurent assujettis aux méthodes de recouvrement autres que l’emprisonnement, y compris à l’obligation de rembourser leurs dettes en travaillant lorsqu’il existe un mode facultatif de paiement d’une amende. De plus, le juge qui détermine la peine peut assurément imposer aux délinquants à la fois une amende et une période d’emprisonnement à défaut de paiement pour les inciter à payer leurs amendes. Le problème en l’occurrence tient au fait que le juge qui a prononcé la sentence a sauté directement de l’imposition de l’amende à l’incarcération, sans passer par les étapes intermédiaires du défaut et de l’audition sur l’incarcération prévue au par. 734.7(1) du *Code*.
- En l’absence d’un « mode facultatif de paiement d’une amende » et en cas de défaut du délinquant, le ministère public dispose d’un certain nombre de recours civils : il peut notamment « refuser de délivrer ou de renouveler [tout document — licence ou permis —] ou peut le suspendre jusqu’au paiement intégral de l’amende » (art. 734.5 du *Code*), ou déposer l’ordonnance du tribunal pénal pour valoir comme jugement émanant d’un tribunal de

but, as will be seen, this option is fenced in with important restrictions.

(i) The Lack of a Functioning Fine Option Program in Ontario

The trial judge in this case made it clear that if a fine option program had been available in Ontario, he would have enrolled the respondent to work off the debt over a period of time through community service. “[I]f there was a regime in this province permitting offenders to work off the fines”, he said, “this entire discussion would be obviated”.

All provinces and territories have a fine option program in place except for British Columbia, Newfoundland and Labrador, Nunavut and Ontario. Of these four jurisdictions, Newfoundland and Labrador has enabling legislation in place to allow the program, but has not promulgated a regulation to create the program: see *Provincial Offences Act*, S.N.L. 1995, c. P-31.1, s. 38. Nunavut is in the process of drafting legislation to create a program. British Columbia does not at present have a statute that allows for the creation of such a program.

Ontario has a regulation in place that establishes such a program in designated areas, but, as part of budget cuts, it has dismantled the administrative apparatus required to support it. Specifically, the Fine Option Program, R.R.O. 1990, Reg. 948, made pursuant to the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, contemplated a fine option program in Ontario, but while the regulation has never been repealed, the administrative apparatus essential to administer the program was eliminated in 1994: see O. Reg. 925/93.

juridiction civile assorti de l'ensemble des mesures usuelles de recouvrement en droit civil (art. 734.6). La troisième option est l'incarcération pour défaut de paiement mais, comme j'en traiterai plus loin, elle comporte d'importantes restrictions.

(i) L'absence en Ontario d'un mode facultatif de paiement d'une amende qui fonctionne

Le juge du procès a clairement dit en l'occurrence que, si un mode facultatif de paiement d'une amende avait existé en Ontario, il aurait inscrit l'intimé à ce programme pour qu'il rembourse sa dette en effectuant des travaux communautaires pendant un certain temps. [TRADUCTION] « [S]'il existait dans cette province un régime qui permettait aux délinquants de s'acquitter de leurs amendes en travaillant », a-t-il dit, « ce débat serait totalement superflu ».

À l'exception de la Colombie-Britannique, de Terre-Neuve-et-Labrador, du Nunavut et de l'Ontario, toutes les provinces et tous les territoires disposent d'un mode facultatif de paiement d'une amende. De ces quatre ressorts, Terre-Neuve-et-Labrador a adopté une loi habilitante pour permettre la mise en œuvre d'un tel mode facultatif, sans toutefois édicter de règlement qui crée un programme : voir *Provincial Offences Act*, S.N.L. 1995, ch. P-31.1, art. 38. Le Nunavut se consacre actuellement à la rédaction d'un texte législatif visant à mettre un programme sur pied. La Colombie-Britannique ne dispose pas pour l'instant d'une loi permettant l'établissement d'un mode facultatif.

En Ontario, il existe à l'heure actuelle un règlement prévoyant l'établissement d'un mode facultatif dans certaines régions désignées mais, en raison des réductions budgétaires, l'appareil administratif nécessaire à son fonctionnement a été démantelé. Établi sous le régime de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, ch. P.33, le Fine Option Program, R.R.O. 1990, Règl. 948, prévoyait la mise sur pied en Ontario d'un mode facultatif de paiement d'une amende; cependant, quoique le règlement n'ait jamais été abrogé, l'appareil administratif essentiel au fonctionnement du programme a été éliminé en 1994 : voir Règl. de l'Ont. 925/93.

52

53

54

(ii) Licence Suspension and Revocation

55 Enforcement options available to the Crown include the suspension or revocation of licences and permits held by the respondent. In the present case, the fine was imposed under the federal *Excise Act*. There is no evidence of what federal permits or licences, if any, were held by the respondent. It is possible that he possessed a Canadian passport.

56 In most cases, revocation or suspension of permits is a potent collection tool, especially where the fine is owed to the provincial Crown. Anyone who has tried to renew a driving licence despite an unpaid fine is familiar with the procedure. While suspension or revocation do not themselves produce payment of the fine, they put pressure on the offender to find the money. This remedy is frequently resorted to. It appears that in 2002 there were 95,909 driving permits in Ontario suspended as a result of default in the payment of fines: Ontario, Ministry of Transportation, *Driver Control Statistics* (2003). Apart from driving licences, suspension or revocation would be available provincially in respect of registration of vehicles, taxicab licences, hunting permits, work permits, timber cutting permits, mineral exploration licences, building permits and the full range of activities touched by the apparatus of the regulatory state.

57 It may be that suspension of federal permits and licences would not have produced any significant payment in the respondent's case, but nevertheless, where applicable, it would be a punishment less restrictive of his liberty than house arrest.

(iii) Civil Enforcement

58 Governments use collection agencies. If there is money to be found, these people are nothing if not persistent.

(ii) Suspension et révocation de licences

Parmi les sanctions auxquelles il peut recourir, le ministère public peut opter pour la suspension ou la révocation des licences et des permis détenus par l'intimé. En l'espèce, l'amende a été imposée en vertu de la *Loi sur l'accise fédérale*. Rien n'indique que l'intimé détenait une licence ou un permis fédéral quelconque. Il était peut-être muni d'un passeport canadien.

Dans la plupart des cas, et surtout lorsque l'amende est due à la Couronne provinciale, la révocation ou la suspension des permis est un puissant outil de recouvrement. Quiconque a tenté de renouveler son permis de conduire malgré son amende impayée en sait quelque chose. Bien que la suspension ou la révocation n'emportent pas en soi paiement de l'amende, elles exercent une pression sur le délinquant pour qu'il trouve des fonds. On y a fréquemment recours. On constate qu'en 2002, 95 909 permis de conduire ont été suspendus en Ontario pour défaut de paiement d'une amende : Ontario, ministère des Transports, *Driver Control Statistics* (2003). Outre les permis de conduire, les provinces pourraient se prévaloir de la suspension ou de la révocation en matière d'immatriculation des véhicules, de permis de taxi, de permis de chasse, de permis de travail, de permis de coupe de bois, de licence d'exploration minière, de permis de construction et de toute la gamme des activités touchées par l'appareil de l'État investi d'un pouvoir réglementaire.

La suspension des permis et licences fédéraux n'aurait peut-être pas donné lieu au paiement d'une somme importante dans le cas de l'intimé, mais il n'en demeure pas moins que, le cas échéant, elle aurait constitué une sanction moins attentatoire à sa liberté que la détention à domicile.

(iii) Exécution civile

Les gouvernements font appel aux agences de recouvrement. Quand il s'agit de trouver de l'argent, ces agences sont passées maîtres dans l'art d'être tenaces.



Under s. 734.6, the Crown can register the unpaid sentence as a civil judgment. Providing the civil judgment is renewed at appropriate intervals, it carries on indefinitely. The fact the respondent was impoverished on the day of his sentencing does not mean he will be ever thus.

(iv) Committal Proceedings

Under the *Code*, a fine default is not punishable by committal *unless* the other statutory remedies, including licence suspensions and civil proceedings, are “not appropriate in the circumstances”, or “the offender has, without reasonable excuse, refused to pay the fine or discharge it under section 736 [fine options program]” (emphasis added). Section 734.7(1) of the *Code* provides:

**734.7 (1)** [Warrant of committal] Where time has been allowed for payment of a fine, the court shall not issue a warrant of committal in default of payment of the fine

(a) until the expiration of the time allowed for payment of the fine in full; and

(b) unless the court is satisfied

(i) that the mechanisms provided by sections 734.5 and 734.6 are not appropriate in the circumstances, or

(ii) that the offender has, without reasonable excuse, refused to pay the fine or discharge it under section 736.

Where the offender’s “reasonable excuse” under subpara. (ii) for failure to pay a fine is poverty, the question is whether it is nevertheless open to a court to jail him or her under subpara. (i) because the self-same poverty makes it “not appropriate”, i.e., futile, to resort to civil collection methods or permit suspensions. In my view, such a reading of s. 734.7, despite the drafter’s use of the word “or” at the end of s. 734.7(1)(b)(i), would be absurd.

L’article 734.6 permet au ministère public d’inscrire le jugement infligeant l’amende impayée pour valoir comme jugement civil. Dans la mesure où le jugement civil est renouvelé aux intervalles requis, il tient indéfiniment. Ce n’est pas parce que l’intimé était pauvre le jour du prononcé de la sentence qu’il le sera toujours.

(iv) Procédures d’incarcération

Sous le régime du *Code* le défaut de paiement d’une amende n’est pas punissable par l’incarcération à moins que les autres mesures prévues par la loi — notamment la suspension des licences et les recours civils — ne soient « pas justifiée[s] dans les circonstances », ou que « le délinquant [ait], sans excuse raisonnable, refusé de payer l’amende ou de s’en acquitter en application de l’article 736 [mode facultatif de paiement d’une amende] » (je souligne). Le paragraphe 734.7(1) du *Code* est ainsi libellé :

**734.7 (1)** [Mandat d’incarcération] Lorsqu’un délai de paiement a été accordé, l’émission d’un mandat d’incarcération par le tribunal à défaut du paiement de l’amende est subordonné aux conditions suivantes :

a) le délai accordé pour le paiement intégral de l’amende est expiré;

b) le tribunal est convaincu que l’application des articles 734.5 et 734.6 n’est pas justifiée dans les circonstances ou que le délinquant a, sans excuse raisonnable, refusé de payer l’amende ou de s’en acquitter en application de l’article 736.

Lorsque l’« excuse raisonnable » invoquée par le délinquant en application de l’al. 734.7(1)b) pour justifier son défaut de payer l’amende est son indigence, il faut se demander si le tribunal peut néanmoins l’incarcérer en vertu de ce même alinéa parce que, en raison de cette pauvreté, l’application des méthodes de recouvrement en matière civile ou la suspension des permis n’est « pas justifiée », donc futile. À mon sens, une telle interprétation de l’art. 734.7 serait absurde, malgré l’emploi par le rédacteur du mot « ou » à l’al. 734.7(1)b).

62 Courts have not infrequently read “or” as “and” where the legislative context so requires: *Clergue v. H. H. Vivian and Co.* (1909), 41 S.C.R. 607, *Re International Woodworkers of America, Local 2-306 and Miramichi Forest Products Ltd.* (1971), 21 D.L.R. (3d) 239 (N.B.C.A.), and *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 66-69. See also, on this specific point, A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), at p. 249.

63 If poverty were to be upheld as a stand-alone justification for a committal court to find collection methods other than jail “not appropriate”, then the “without reasonable excuse” limitation in s. 734.7(1)(b)(ii) would afford poor people no protection at all. Yet it was the concern about overuse of jail for poor people for unpaid fines that was an important impetus behind the 1996 sentencing reforms.

64 Use of the word “refused” in s. 734.7(1)(b)(ii) indicates a parliamentary expectation that the offender’s particular circumstances allow him or her a choice. In this case, at least at the date of the sentencing, the respondent had no choice.

65 The Crown, in its factum, fully accepted that committal proceedings are governed by the principle in s. 734.7(1)(b)(ii) that “the offender has, without reasonable excuse, refused to pay the fine or discharge [the debt]” (emphasis added). For example, the Crown argues:

By operation of the warrant of committal provisions in s. 734.7 of the *Criminal Code*, there must be a judicial determination that an offender has “without reasonable excuse, refused to pay the fine” before he or she is ordered into custody.

. . .

While the “slamming of the jail door” is the incentive to make offenders with means pay their fines, no one will go to jail for their genuine inability to pay.

. . .

Il n’est pas rare que les tribunaux interprètent un « ou » comme un « et » quand le contexte législatif l’exige : *Clergue c. H. H. Vivian and Co.* (1909), 41 R.C.S. 607, *Re International Woodworkers of America, Local 2-306 and Miramichi Forest Products Ltd.* (1971), 21 D.L.R. (3d) 239 (C.A.N.-B.), et *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 66-69. Voir également, sur ce point précis, A. Manson, *The Law of Sentencing* (2001), p. 249.

Si on acceptait que la pauvreté permette à elle seule au tribunal qui envisage l’incarcération de conclure que les méthodes de recouvrement autres que l’emprisonnement ne sont « pas justifiée[s] », la condition exprimée par les termes « sans excuse raisonnable » à l’al. 734.7(1)*b* n’accorderait aucune protection aux personnes pauvres. Or, c’est le recours trop fréquent à l’incarcération des personnes pauvres pour amendes impayées qui a motivé en grande partie les réformes apportées en 1996 au régime de détermination de la peine.

L’emploi du mot « refu[s] » à l’al. 734.7(1)*b* indique que le législateur s’attendait à ce que la situation particulière du délinquant lui permette d’exercer un choix. En l’espèce, du moins à la date de la détermination de la peine, l’intimé n’avait nullement le choix.

Dans son mémoire, le ministère public convient sans réserve que la procédure d’incarcération est assujettie à la condition énoncée à l’al. 734.7(1)*b* selon laquelle « le délinquant a, sans excuse raisonnable, refusé de payer l’amende ou de s’en acquitter » (je souligne). Par exemple, le ministère public fait valoir l’argument suivant :

[TRADUCTION] Par application des dispositions en matière de mandat d’incarcération prévues à l’art. 734.7 du *Code criminel*, le juge doit avoir déterminé que le délinquant a, « sans excuse raisonnable, refusé de payer l’amende » avant d’ordonner sa détention.

. . .

Bien que le « claquement de la porte de la cellule » incite les délinquants qui en ont les moyens à payer leurs amendes, nul n’ira en prison pour le motif qu’il est réellement incapable de payer.

. . .

However, as will be discussed below, where a sentencing judge chooses to impose a default term of imprisonment, the warrant of committal provision in s. 734.7 of the *Criminal Code* operates to ensure that only those who wilfully evade payment will be incarcerated.

Cependant, comme il en sera question plus loin, lorsque le juge qui détermine la peine choisit d'infliger une peine d'emprisonnement pour défaut de paiement, la disposition relative au mandat d'incarcération contenue à l'art. 734.7 du *Code criminel* a pour effet de garantir que seuls les délinquants qui ont délibérément éludé le paiement de leurs amendes seront incarcérés.

If the judge was satisfied that the Respondent was not wilfully evading the payment of the fine, there would be no basis for issuing a warrant of committal and the Respondent would not go to jail. [Emphasis in original.]

Si le juge estimait que l'intimé n'a pas délibérément éludé le paiement de l'amende, il n'aurait aucun motif de délivrer un mandat d'incarcération et l'intimé n'irait pas en prison. [Souligné dans l'original.]

Parliament has imposed a mandatory minimum fine in s. 240 of the *Excise Act*, but it has with equal authority provided in s. 734.7(1) of the *Code* that the offender should not go to jail for failure to pay it unless it is shown that he or she has “without reasonable excuse, refused to pay”. That was not the position of the respondent when he was sentenced. He ought not to have been sentenced to serve a “term of imprisonment” in an institution *or* in the community.

Si le législateur a imposé une amende minimale obligatoire à l'art. 240 de la *Loi sur l'accise*, il a prescrit avec la même autorité au par. 734.7(1) du *Code* que le délinquant ne devait pas être emprisonné pour ne pas l'avoir acquittée, sauf s'il est établi qu'il a, « sans excuse raisonnable, refusé de payer ». Ce n'était pas la situation de l'intimé lorsque le tribunal lui a infligé sa peine. Il n'aurait pas dû être condamné à purger une « peine d'emprisonnement » ni dans un établissement *ni* au sein de la collectivité.

### I. *The Proper Order*

### I. *L'ordonnance qu'il convenait de rendre*

In my view, the trial judge ought to have proceeded with his initial instinct to impose the mandatory minimum fine of \$9,600 plus a reasonable time to pay and 30 days in default. If, as the trial judge expected, the respondent went into default despite the Crown's resort to available remedies short of committal, the Crown would then have had the choice whether to proceed further or not.

À mon avis, le juge du procès aurait dû suivre son instinct et imposer l'amende minimale obligatoire de 9 600 \$ assortie d'un délai raisonnable de paiement, ainsi que de 30 jours en cas de défaut. Si, comme le juge du procès s'y attendait, l'intimé avait fait défaut de payer malgré l'exercice par le ministère public des recours possibles autres que l'incarcération, le ministère public aurait alors eu le choix de prendre ou non de nouvelles mesures.

If, as the trial judge anticipated, the respondent had continued simply to be unable to pay, the Crown, on its own acknowledgement to this Court, would not have sought such a committal.

Si, comme le juge du procès le prévoyait, l'intimé était tout simplement demeuré incapable de payer, le ministère public — de son propre aveu devant notre Cour — n'aurait pas cherché à obtenir son incarcération.

If, on the other hand, the respondent had come into money to pay all or part of the debt, he should quite properly have been required to do so.

Si, d'autre part, l'intimé avait touché suffisamment d'argent pour acquitter sa dette en tout ou en partie, il aurait été à juste titre obligé de la payer.

66

67

68

69

IV. Disposition

70 The appeal is allowed. As the respondent has served his conditional sentence, which would bar all further collection procedures under s. 734.7(4) of the *Code*, the Crown ought not to take any further collection procedures as a result of the conditional sentence's being set aside. A stay is therefore entered against any further collection procedures. As the appeal was brought by the Crown as a test case, the respondent should have his costs in this Court.

English version of the reasons delivered by

71 DESCHAMPS J. (dissenting) — I can appreciate the Cartesian logic of my colleague Binnie J., but in my opinion, a more nuanced approach is necessary.

72 The difficulty of this case arises from the impossibility of reconciling, in the case of an impecunious person, all of the sentencing principles contained in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with a provision prescribing a minimum fine. In principle, according to s. 718.2(a) and (d), a sentence must take into account all aggravating and mitigating circumstances relating to the offender's situation. The judge must consider that an offender should not be deprived of liberty if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances. A minimum fine does not allow the particular circumstances of the offender to be taken into account. Given that in Ontario there is no organized scheme for community service, the judge who seeks an alternative solution, or even a means of encouraging payment of the fine, has little room to manoeuvre. I therefore propose a purposive sentencing approach, like the one adopted by the Court in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at paras. 55 and 127, in order to determine if imposing a conditional sentence in default of the payment of a fine is an error in principle. As the following reasons will make clear, I find that it is not.

IV. Dispositif

Le pourvoi est accueilli. Comme l'intimé a purgé sa peine d'emprisonnement avec sursis, de sorte que toute mesure additionnelle de recouvrement serait exclue en application du par. 734.7(4) du *Code*, le ministère public ne devra prendre aucune autre mesure de recouvrement à la suite de l'annulation de la peine d'emprisonnement avec sursis. J'ordonne donc l'arrêt de toute autre procédure de recouvrement. Le ministère public ayant formé l'appel pour en faire une cause type, l'intimé aura droit aux dépens devant notre Cour.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Je reconnais la logique cartésienne de mon collègue le juge Binnie, mais à mon avis, une approche plus nuancée s'impose.

La difficulté du dossier provient de l'impossibilité de concilier, dans le cas d'une personne impécunieuse, tous les principes prévus au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, pour la détermination de la peine avec une disposition prescrivant une amende minimum. En principe, selon les al. 718.2a) et d), la peine doit tenir compte de toutes les circonstances aggravantes et atténuantes liées à la situation du délinquant. Le juge doit, avant d'envisager la privation de liberté, examiner la possibilité d'imposer toute sanction moins contraignante qui pourrait être justifiée par les circonstances. Or, l'amende minimale ne permet pas de tenir compte des circonstances particulières du délinquant. Comme en Ontario il n'existe aucun régime organisé de travaux communautaires, le juge qui cherche une solution de rechange ou même un incitatif au paiement de l'amende ne dispose que d'une marge de manœuvre très limitée. Je propose donc une approche téléologique des peines, approche adoptée par la Cour dans *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 55 et 127, afin de déterminer si l'imposition d'un emprisonnement avec sursis à défaut du paiement d'une amende constitue une erreur de principe. Tel que le font voir les motifs ci-dessous, je conclus que ce n'en est pas une.

### I. Comparison Between Fines and Conditional Sentences

In *Proulx, supra*, the Court established a gradation of sentences. At one end of the spectrum are restorative sentences and at the other, punitive sentences. Lamer C.J. described restorative justice as follows (at para. 18):

A restorative justice approach seeks to remedy the adverse effects of crime in a manner that addresses the needs of all parties involved. This is accomplished, in part, through the rehabilitation of the offender, reparations to the victim and to the community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgment of the harm done . . . .

Thus, in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 43:

Restorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction.

Releases and suspended sentences are therefore classified as restorative sentences.

In *Proulx, supra*, the Court discusses two punitive sentences, namely, incarceration and conditional sentences, insisting that the latter form of sentence is also consistent with the objectives of restorative justice (at para. 22):

The conditional sentence incorporates some elements of non-custodial measures and some others of incarceration. Because it is served in the community, it will generally be more effective than incarceration at achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender. However, it is also a punitive sanction capable of achieving the objectives of denunciation and deterrence. [Emphasis omitted.]

The analysis developed in *Proulx* did not concern fines, but it seems obvious to me that the imposition of a fine has little in common with restorative justice. In fact, while the offender is allowed to go free, and while this type of sentence promotes a sense of

### I. Rapprochement entre l'amende et l'emprisonnement avec sursis

Dans *Proulx*, précité, la Cour a établi une gradation des peines. À une extrémité du spectre, les peines à caractère correctif et, à l'autre, les peines à caractère punitif. Le juge en chef Lamer décrit ainsi la justice correctrice (au par. 18) :

La justice correctrice tend à remédier aux effets néfastes de la criminalité, et ce d'une manière qui tienne compte des besoins de tous les intéressés. Cet objectif est réalisé en partie par la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu'il a causé. . .

Ainsi, dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 43 :

Les objectifs correctifs ne concordent habituellement pas avec le recours à l'emprisonnement.

Parmi les peines à caractère correctif, sont donc classées les libérations et les sentences suspendues.

Dans l'arrêt *Proulx*, précité, la Cour discute de deux peines à caractère punitif, soit l'incarcération et l'emprisonnement avec sursis, tout en insistant que cette dernière forme de peine s'inscrit aussi dans les objectifs de la justice correctrice (au par. 22) :

La condamnation à l'emprisonnement avec sursis intègre certains aspects des mesures substitutives à l'incarcération et certains aspects de l'incarcération. Parce qu'elle est purgée dans la collectivité, la peine d'emprisonnement avec sursis permet généralement de réaliser plus efficacement que l'incarcération les objectifs de justice correctrice que sont la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Cependant, elle est également une sanction punitive propre à permettre la réalisation des objectifs de dénonciation et de dissuasion. [Soulignement omis.]

L'analyse à laquelle l'affaire *Proulx* a donné lieu ne portait pas sur les amendes, mais il me paraît évident que l'imposition d'une amende a peu en commun avec la justice correctrice. En effet, si le délinquant est laissé en liberté et si ce type de peine

73

74

75

76

responsibility in the offender, fines do not help to repair the harm caused to the victim. In contrast, when an offender is subject to a probation order in the context of a remedial order, the court can order that he or she make restitution to the victim on one or a number of counts (s. 738 *Cr. C.*). Furthermore, there is no follow up that can ensure that an individual ordered to pay a fine will develop a sense of his or her responsibility. Finally, in the case of an impecunious offender, the restorative objective of rehabilitation will perhaps never be achieved if he or she does not manage to pay the fine. A fine imposed on the offender, especially on one of limited means, is therefore nothing other than a punishment.

favorise la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités, l'amende n'aide pas à réparer le tort causé aux victimes. Par contraste, lorsqu'un délinquant est sujet à une ordonnance de probation dans le contexte d'une ordonnance corrective, le tribunal peut lui ordonner de dédommager la victime sous un ou plusieurs chefs (art. 738 *C. cr.*). En outre, aucun suivi n'assure qu'un individu condamné à payer une amende prendra conscience de ses responsabilités. Enfin, dans le cas d'un délinquant démuné, l'objectif correctif de réinsertion sociale ne sera peut-être jamais atteint si celui-ci ne réussit pas à payer l'amende. L'amende imposée au délinquant, surtout celui dont les moyens sont limités, n'est donc rien d'autre qu'une punition.

77 A fine is, nevertheless, the least severe sanction to qualify as punitive justice, just like conditional sentences. In the *Criminal Code*, the provisions concerning fines (s. 734) are found before those dealing with conditional sentences (s. 742). In terms of the gradation of sentences, and if all the necessary nuances are made to take into consideration the offender's wealth or poverty and the terms that can be imposed on conditional sentences, these two forms of punishment, when combined, give the judge the latitude necessary to tailor the sentence when a punitive order must be given. Thus they naturally coalesce.

L'amende se situe toutefois dans la partie la moins sévère de la gamme de la justice punitive, tout comme l'emprisonnement avec sursis. Au *Code criminel*, les dispositions concernant l'amende (art. 734) se situent d'ailleurs avant celles portant sur l'emprisonnement avec sursis (art. 742). Sur le plan de la gradation des peines, et si l'on fait toutes les nuances nécessaires pour tenir compte de l'état de fortune ou d'indigence du délinquant et des conditions qui peuvent être imposées à l'emprisonnement avec sursis, ces deux formes de punitions, lorsque combinées, laissent à un juge la latitude nécessaire pour individualiser la peine lorsqu'une ordonnance punitive doit être prononcée. Leur rapprochement naturel s'impose.

78 The issue raised in this case is whether a judge can use the discretion at his or her disposal (s. 718.3(1) *Cr. C.*) in sentencing to order a conditional sentence in default of payment of a fine.

La question qui se pose dans le présent dossier est de savoir si un juge peut utiliser la discrétion dont il dispose (par. 718.3(1) *C. cr.*) dans l'imposition des peines pour ordonner un emprisonnement avec sursis à défaut du paiement d'une amende.

## II. Conditional Sentences in Default of Payment of Fines

## II. L'emprisonnement avec sursis à défaut du paiement de l'amende

79 It is accepted that the sentencing judge has the discretion to impose imprisonment in default of payment of a fine (ss. 718.3 and 734.7 *Cr. C.*). It is just as indisputable that the judge is not obliged to allow time for payment (s. 734.7(2) *Cr. C.*). The issue is thus limited to determining the power of the judge to impose imprisonment in default of payment when he or she knows that imprisonment is, in

Il est acquis que le juge qui prononce une sentence a discrétion pour imposer un emprisonnement à défaut du paiement d'une amende (art. 718.3 et 734.7 *C. cr.*). Il est tout aussi indiscutable que le juge n'est pas obligé d'accorder un délai de paiement (par. 734.7(2) *C. cr.*). La question qui se pose est alors limitée à la détermination du pouvoir du juge d'imposer l'emprisonnement à défaut du

practice, the sanction actually imposed for the offence committed.

If this were a well-to-do smuggler who had concealed his assets beyond the reach of justice and who had informed the court of his intention not to pay, I believe that the judge could, without risk of criticism, make such an order. There are circumstances in which imprisonment in default of payment of a fine is, in practice, the only way to punish an offender. Such an order does not therefore amount to a travesty of Parliament's intent.

The sentencing options given by Binnie J. in his opinion are not alternative solutions to payment of the fine. They are but methods for encouraging payment. A refusal to issue or renew a licence or a permit, or a decision to suspend them, remains in force "until the fine is paid in full". They do not, therefore, replace the fine (s. 734.5 *Cr. C.*). Similarly, civil enforcement of a debt (s. 734.6 *Cr. C.*) is often impossible when the offender is, as in this case, impecunious. In such a case, repeated visits by the bailiffs are only incentives, admittedly oppressive ones, but serve no truly penological purpose.

The court can always order the offender to submit to an organized community service scheme enabling him or her to repay the fine (s. 736 *Cr. C.*). However, no scheme of this kind exists here. Further, just as with the refusal or suspension of licences and civil enforcement, this option could restrict the offender's liberty even more than a conditional sentence that is flexible and tailored to the circumstances, such as the one imposed in this case, at least from the offender's point of view.

The *Criminal Code* therefore confers discretion on the judge to impose imprisonment in default of payment of a fine when he or she knows that imprisonment is, in practice, the sanction actually imposed for the offence committed. With the existence of this discretion established, it must now be

païement lorsqu'il sait que l'emprisonnement est, en pratique, la sanction réellement imposée pour l'infraction commise.

S'il s'agissait d'un contrebandier fortuné ayant soustrait ses biens de l'emprise de la justice et ayant annoncé au tribunal son intention de ne pas payer, je crois que le juge pourrait, sans risque d'être critiqué, prononcer une telle ordonnance. Il existe des circonstances où l'emprisonnement à défaut du paiement de l'amende est, en pratique, le seul moyen de punir un délinquant. Une telle ordonnance n'équivaut donc pas à travestir l'intention du législateur.

Les suggestions de peines faites par le juge Binnie dans son opinion ne sont pas des solutions de rechange au paiement de l'amende. Elles ne sont que des moyens d'inciter au paiement. Le refus de délivrer ou de renouveler une licence ou un permis, ou la décision de les suspendre, demeurent en vigueur « jusqu'au paiement intégral de l'amende ». Ils ne remplacent donc pas l'amende (art. 734.5 *C. cr.*). De même, l'exécution civile de la dette (art. 734.6 *C. cr.*) est souvent impossible lorsque le délinquant est, comme en l'espèce, indigent. Dans un tel cas, les visites répétées des huissiers ne sont que des incitatifs, oppressants certes, mais sans véritable fin pénologique.

Le tribunal peut toujours ordonner au délinquant de se soumettre à un régime organisé de travaux communautaires lui permettant de repayer son amende (art. 736 *C. cr.*). Toutefois, aucun régime de ce type n'est en vigueur en l'espèce. De plus, tout comme pour le refus et la suspension de licences et l'exécution civile, cette dernière option risque de restreindre encore plus la liberté du délinquant qu'une peine d'emprisonnement avec sursis souple et adaptée en fonction des circonstances, telle que celle imposée en l'espèce. Cela pourrait, à tout le moins, être l'avis du délinquant.

Le *Code criminel* confère donc au juge la discrétion d'imposer l'emprisonnement à défaut du paiement d'une amende lorsqu'il sait que l'emprisonnement est, en pratique, la sanction réellement imposée pour l'infraction commise. Une fois l'existence de cette discrétion établie, il importe

80

81

82

83

asked if it could be used here to tailor the sentence imposed on an indigent offender.

### III. The Judge's Order

84 First, one might object that a judge who rules out imprisonment cannot then order a conditional sentence. It is also submitted that a conditional sentence can only be ordered when the offender is sentenced to a term of imprisonment of less than two years.

85 Contrary to what Binnie J. seems to suggest, the trial judge did not really ever contemplate imposing the minimum fine of \$9,600 along with a time for payment and a period of imprisonment in the event of default. In my view, he would have preferred to impose a suspended sentence: "I am satisfied that, but for the minimum fine provisions, this would be a case for a suspended sentence." The law, however, did not authorize him to pass such a sentence. Moreover, he was authorized to impose a term of imprisonment in default of payment of the fine. In the context of his judgment, I believe that the distinction between imprisonment and incarceration made by Lamer C.J. in *Proulx*, *supra*, at paras. 21 and 40, must apply:

The conditional sentence . . . is a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders.

Although a conditional sentence is by statutory definition a sentence of imprisonment, this Court, in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 21, recognized that there "is a very significant difference between being behind bars and functioning within society while on conditional release". See also *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at p. 150, *per* McLachlin J. These comments are equally applicable to the conditional sentence. Indeed, offenders serving a conditional sentence in the community are only partially deprived of their freedom. Even if their liberty is restricted by the conditions attached to their sentence, they are not confined to an institution and they can continue to attend to their normal

maintenant de se demander si elle pouvait, ici, être utilisée pour moduler la peine imposée à un délinquant pauvre.

### III. L'ordonnance prononcée par le juge

On objecte d'abord qu'un juge qui écarte l'emprisonnement ne peut par la suite ordonner un sursis. On affirme aussi que l'emprisonnement avec sursis ne peut être ordonné que si le délinquant est condamné à une peine d'emprisonnement de moins de deux ans.

Contrairement à ce que semble prétendre le juge Binnie, le juge de première instance n'a jamais vraiment envisagé d'imposer l'amende minimale de 9 600 \$ assortie d'un délai de paiement et d'une période d'incarcération en cas de défaut. Je comprends, pour ma part, qu'il aurait préféré imposer une sentence suspendue : [TRADUCTION] « Je suis convaincu que, n'eussent été les dispositions relatives à l'imposition d'une amende minimale, il s'agirait d'un cas d'application du sursis au prononcé de la peine. » La loi ne l'autorisait cependant pas à prononcer une telle peine. Par ailleurs, il pouvait imposer une peine d'emprisonnement à défaut de paiement de l'amende. Dans le contexte de son jugement, je crois que la distinction faite par le juge en chef Lamer dans *Proulx*, précité, par. 21 et 40, entre l'emprisonnement et l'incarcération s'impose :

La peine d'emprisonnement avec sursis [. . .] constitue une solution de rechange à l'incarcération de certains délinquants non dangereux.

Quoique l'emprisonnement avec sursis soit décrit dans la loi comme une forme d'emprisonnement, dans *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, au par. 21, notre Cour a reconnu qu'« il y a une différence très grande entre être derrière les barreaux et vivre dans la société en bénéficiant d'une libération conditionnelle ». Voir également *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, à la p. 150, le juge McLachlin. Ces commentaires s'appliquent également à l'emprisonnement avec sursis. En effet, le délinquant qui purge une telle peine au sein de la collectivité n'est que partiellement privé de sa liberté. Même si sa liberté est restreinte par les conditions assortissant son ordonnance de sursis, le délinquant n'est pas détenu dans



employment or educational endeavours. They are not deprived of their private life to the same extent. Nor are they subject to a regimented schedule or an institutional diet.

When the trial judge states that the offender is not a candidate for imprisonment, I believe that he means that he does not think it necessary to incarcerate him. The trial judge is the one on the front lines. Even if some of his reasons could be perceived as interfering with the domain of prison authorities, and as such debatable as a strict matter of law, they denote a keen awareness of reality and a pragmatism that often eludes the appellate courts. In giving reasons for the conditional sentence, the judge expresses himself clearly:

Here, I have to impose much more than that [the judge is referring here to a case where he imposed a lesser fine for a more serious crime] and that is Parliament's wish and I have to give effect to that wish. On the other hand, I cannot blind myself to two circumstances. Firstly, if there was a regime in this province permitting offenders to work off the fines, this entire discussion would be obviated. Secondly, there is a very difficult tendency where sentences do not end up being translated within the system in the appropriate fashion. . . . It is one thing to impose an eight-year sentence. It's another thing to understand that the person is within the community on day parole within a fraction of that period. If I impose a 90-day sentence, for example, it may well be that Mr. Wu will be released within a matter of days through a work program. If I impose a 90-day sentence, it may well be that Mr. Wu will be released within a matter of days with a bracelet. It may be that Mr. Wu will be released simply because they only have so many rooms at the inn, so to speak, and he is not a dangerous individual and it's a revolving door situation. I have to be mindful of the fact that if I incarcerate someone for a non-violent offence, that it is also a great tax and concern to the community.

At the end of the day, I don't see that this individual needs to be detained or confined in a correctional facility. I am satisfied that a conditional sentence is appropriate in light of the instructions of the Supreme Court that a conditional sentence with appropriate, severe conditions

un établissement et il peut continuer de vaquer à ses activités professionnelles ou éducationnelles ordinaires. Il n'est pas dépouillé de sa vie privée dans la même mesure que s'il était incarcéré. Il n'est pas non plus soumis à un horaire strict ou à un régime alimentaire institutionnel.

Lorsque le juge de première instance explique que le délinquant n'est pas un candidat à l'emprisonnement, je comprends qu'il veut dire qu'il n'estime pas nécessaire de l'incarcérer. Le juge de première instance est celui qui œuvre au front. Même si certains de ses motifs peuvent être vus comme une ingérence dans le domaine des autorités carcérales, et comme tels discutables sur le strict plan juridique, ils dénotent une conscience aiguë de la réalité et un pragmatisme qui échappent souvent aux instances d'appel. En motivant la peine d'emprisonnement avec sursis, le juge s'exprime clairement :

[TRADUCTION] En l'espèce, je suis tenu d'imposer une peine beaucoup plus lourde [le juge fait ici référence à un cas où il a imposé une amende moins élevée pour un crime plus grave]; c'est le vœu qu'a exprimé le législateur et je dois en assurer la réalisation. Par contre, je ne peux passer outre deux aspects de la situation. Premièrement, s'il existait dans cette province un régime qui permettrait aux délinquants de s'acquitter de leurs amendes en travaillant, ce débat serait totalement superflu. Deuxièmement, on constate une fâcheuse tendance à ce que les sentences ne se traduisent pas de façon appropriée dans le système . . . C'est une chose que d'infliger une peine d'emprisonnement de huit ans. C'est une tout autre chose que de savoir que la personne se retrouve en liberté conditionnelle au sein de la collectivité alors qu'à peine une fraction de cette période est écoulée. Si j'impose par exemple une peine d'emprisonnement de 90 jours, il se peut fort bien que M. Wu soit libéré après quelques jours dans le cadre d'un programme de travail. Si j'impose une peine d'emprisonnement de 90 jours, il se peut fort bien que M. Wu soit libéré après quelques jours avec un bracelet. M. Wu pourrait être libéré simplement par manque d'espace à l'auberge, pour ainsi dire, et parce qu'il n'est pas dangereux, et il serait en fait sitôt entré, sitôt sorti. Je ne dois pas perdre de vue le fait que l'emprisonnement d'une personne pour une infraction non violente entraîne des coûts et des conséquences appréciables pour la collectivité.

Somme toute, je ne pense pas que cet individu doive être détenu dans un établissement correctionnel ou y être confiné. Je suis convaincu qu'une peine d'emprisonnement avec sursis convient, compte tenu de la directive énoncée par la Cour suprême, selon laquelle le sursis à

is a significant deterrent and denunciatory penalty. There is an element of public education. But this is for a first offender having been involved in very minimal behaviour and, of course, nothing that occurred during the defence is at all relevant.

87 The factual circumstances in this case do not lead to the conclusion that the judge did not want to impose imprisonment in default of payment. The judge wanted to impose a realistic and suitable punishment. He was aware that a warrant of committal would perhaps, in practice, not be executed and, above all, did not believe that incarceration was necessary. I would not, therefore, regard the reasons given by the judge as a justification for concluding that the judge could not order imprisonment in default of payment of the fine. In practice, a judge who does not give time for payment orders imprisonment. In this case, the trial judge was entirely aware of this when he made his decision.

88 The important issue, rather, is whether, knowing that the offender did not have any money, the judge could order imprisonment in default of payment of the fine. There is nothing in the text against it, but such an order, at first glance, seems to punish the poor more severely and appears contrary to Parliament's intent. In his opinion, Binnie J. explains this aspect of the matter very well, and I will not dwell on it. I do not dispute that incarceration for civil debts does not befit a civilized society.

89 Having recognized the principle, I believe it necessary to bring its limits to light. First, poverty is a complex situation. It has consequences on every aspect of the lives of those it afflicts. In the sphere of sentencing, the adjustment required to take into account the poverty of an offender cannot be reduced to a concern for ensuring that absence of means does not become a reason for imprisonment. Numerous authors emphasize the necessity of considering all of the effects of a sentence. B. Hudson states her point of view as follows ("Punishing the

l'emprisonnement assorti des conditions sévères qui s'imposent constitue une sanction non négligeable ayant un effet dissuasif et réprobateur. Il y a là un élément d'éducation du public. Mais c'est une mesure réservée au délinquant qui en est à sa première infraction, dont la gravité des actes est minimale, et il va de soi que rien de ce qui est survenu dans le cadre de la défense n'est pertinent.

La situation factuelle du présent dossier ne permet donc pas de conclure que le juge ne voulait pas imposer un emprisonnement à défaut du paiement. Le juge voulait imposer une punition réaliste et adaptée. Il était conscient du fait qu'une ordonnance d'incarcération ne serait peut-être, en pratique, pas exécutée et, surtout, il n'estimait pas que l'incarcération était nécessaire. Je ne ferais donc pas des motifs donnés par le juge une justification pour conclure que le juge ne pouvait pas ordonner un emprisonnement à défaut du paiement de l'amende. En pratique, le juge qui n'accorde pas de délai ordonne l'emprisonnement. Dans le présent cas, c'est tout-à-fait consciemment que la décision fut prise.

La question importante est plutôt de savoir si, sachant que le délinquant n'avait pas d'argent, le juge pouvait ordonner l'emprisonnement à défaut du paiement de l'amende. Rien dans le texte ne s'y oppose, mais, à première analyse, une telle ordonnance paraît pénaliser plus sévèrement les personnes pauvres et semble contraire à l'intention du législateur. Dans son opinion, le juge Binnie explique bien ce volet de l'affaire et je ne m'y attarderai pas. Je ne conteste pas que l'incarcération pour dettes civiles est une pratique qui n'est pas digne d'une société évoluée.

Ayant reconnu le principe, je crois qu'il faut mettre en lumière ses limites. D'abord, la pauvreté est une situation complexe. Elle a des conséquences sur tous les aspects de la vie de ceux qu'elle afflige. Dans la sphère de la détermination de la peine, l'ajustement requis pour tenir compte de l'indigence d'un délinquant ne peut être réduit à un souci d'éviter que l'absence de moyens soit une cause d'emprisonnement. Plusieurs auteurs soulignent la nécessité de tenir compte de l'ensemble des effets de la sentence. B. Hudson l'exprime pour sa part ainsi

Poor: Dilemmas of Justice and Difference”, in W. C. Heffernan and J. Kleinig, eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law* (2000), 189, at pp. 205 and 209):

“[E]quality” of penal treatment is not a simplified sameness of treatment, but punishment of equivalent severity for offences of *equal culpability with regard to all relevant circumstances*.

Equality can be approached only if a system of sanctions for crimes most strongly correlated with poverty is instituted and which has as key principles not only commensurability of penalty and offense seriousness, but also appropriateness and feasibility of penalty to offender. [Emphasis in original.]

See also P. Pettit, “Indigence and Sentencing in Republican Theory”, in Heffernan and Kleinig, *supra*, 230; A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice* (3rd ed. 2000), at pp. 82-83.

Admittedly, not all types of offences lend themselves to conditional sentencing. I do not, however, see any policy grounds that would rule it out in this case. The conditional sentence could and should remain an option open to the sentencing judge so that he or she has the broadest possible range of options for tailoring the sentence.

It is possible that certain offenders with the means to pay their fine might opt to stay in prison rather than pay a fine. It is also conceivable that individuals might choose, for show or on principle, to be put in jail rather than pay the fine. While we are faced with a different situation in the present case, it is not all that different.

The respondent, through his counsel, has supported the judge’s decision as far as this Court. Some would argue that this was not by choice, but I believe that the adoption of a paternalistic attitude must be avoided for a number of reasons.

(« Punishing the Poor : Dilemmas of Justice and Difference », dans W. C. Heffernan et J. Kleinig, dir., *From Social Justice to Criminal Justice : Poverty and the Administration of Criminal Law* (2000), 189, p. 205 et 209) :

[TRADUCTION] « [L]’égalité » de traitement en matière pénale n’équivaut pas à une simple identité de traitement, mais bien à l’imposition de sanctions d’égale sévérité pour des infractions impliquant *le même degré de culpabilité eu égard aux circonstances pertinentes*.

On ne peut atteindre l’égalité que par la mise sur pied d’un système de sanctions qui tienne réellement compte de la pauvreté et qui soit fondé essentiellement non seulement sur la proportionnalité de la sanction et la gravité de l’infraction, mais aussi sur le caractère opportun et réaliste de la sanction par rapport au délinquant. [En italique dans l’original.]

Voir aussi P. Pettit, « Indigence and Sentencing in Republican Theory », dans Heffernan et Kleinig, *op. cit.*, 230; A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice* (3<sup>e</sup> éd. 2000), p. 82-83.

Certes, ce ne sont pas tous les types d’infractions qui peuvent se prêter à un emprisonnement avec sursis. Je ne vois cependant aucun motif de principe pour l’écarter en l’espèce. L’emprisonnement avec sursis peut et devrait demeurer une option ouverte au juge qui détermine une peine afin qu’il dispose du plus vaste éventail possible lui permettant de personnaliser la sentence.

Il se peut que certains délinquants qui ont les moyens de payer leur amende optent de séjourner en prison plutôt que de payer une amende. On peut aussi imaginer que des personnes choisissent, pour le spectacle ou le principe, d’être menées en prison au lieu de payer l’amende. Telle n’est évidemment pas la situation qui fait problème ici, mais elle n’en est pas si loin qu’elle en a l’air.

L’intimé, par son procureur, a soutenu la décision du juge jusque devant nous. Certains peuvent soutenir que ce n’était pas par choix, mais j’estime qu’il faut éviter d’adopter une attitude paternaliste et, ce, pour plusieurs raisons.

90

91

92

- 93 Firstly, a prison term, once served, extinguishes the debt (s. 734.7(4) *Cr. C.*). An offender, even an impoverished one, should not be deprived of an avenue that is available to those who are more well-to-do. The greater the debt is, the more an offender will be tempted to choose this avenue. Even if, in principle, imprisonment in default of payment is supposed to encourage the payment of fines, in reality, certain offenders use it as a way to pay their debt. I cannot imagine that the most indigent offenders would be excluded simply because they are poor.
- 94 Secondly, a judge can adjust the conditions of a conditional sentence to take the particular circumstances and essential needs of an impecunious person into account, exercising a flexibility that he or she does not have where the law prescribes a minimum fine. In this case, the terms of the curfew are flexible and are minimal restrictions on the liberty of the respondent (i.e., daily curfew from 6:00 p.m. to 6:00 a.m. for 75 days, except for employment, health or worship reasons and two additional hours of freedom on the weekend).
- 95 Thirdly, in order to have a deterrent effect on the general public and on offenders who might not care about their rehabilitation, the fine must be accompanied by an incentive measure, or at least a sanction serving as an alternative measure. The sentence must contribute to respect for the law and to the maintenance of a just and safe society (s. 718 *Cr. C.*) and cannot therefore be perceived as an order with no real teeth.
- 96 Fourthly, the potential end result of a warrant of committal cannot be left to the discretion of the Crown prosecutor.
- 97 Fifthly, I believe that the contemporary philosophy of criminal law, which seeks the rehabilitation of offenders, is better served by measures that enable the offender to pay his or her debt to society within a reasonable period after sentencing. Counting on a windfall making it possible to pay the fine does not seem to be the solution. To compensate for the more significant effect of a fine on an impoverished person, the law must be flexible and accept that the
- Premièrement, l'emprisonnement, une fois purgé, éteint la dette (par. 734.7(4) *C. cr.*). Le délinquant, même pauvre, ne doit pas être privé d'un moyen qui est ouvert aux plus fortunés. Plus la dette sera importante, plus les délinquants seront tentés de choisir ce moyen. Même si, en principe, l'emprisonnement à défaut du paiement est censé être un moyen d'inciter au paiement de l'amende, dans la réalité, certains délinquants l'utilisent comme moyen d'acquitter leur dette. Je ne conçois pas que les plus pauvres soient écartés seulement parce qu'ils sont pauvres.
- Deuxièmement, les conditions à l'emprisonnement avec sursis peuvent être modulées par le juge pour tenir compte des circonstances particulières à une personne impecunieuse et de ses besoins essentiels, flexibilité dont il ne dispose pas dans les cas où la loi prescrit une amende minimale. En l'espèce, les modalités du couvre-feu sont souples et limitent très peu la liberté de l'intimé (c.-à-d., couvre-feu quotidien de 18 h à 6 h pendant 75 jours, sauf pour des raisons d'emploi, de santé ou reliées à la pratique du culte et pour deux heures supplémentaires de liberté la fin de semaine).
- Troisièmement, pour avoir un effet dissuasif sur le public en général et sur les délinquants qui pourraient être insoucieux de leur réhabilitation, l'amende doit être assortie, sinon d'une mesure incitative, au moins d'une sanction qui sert de mesure de rechange. La peine doit contribuer au respect de la loi et au maintien d'une société juste et sûre (art. 718 *C. cr.*), et ne peut donc être perçue comme une ordonnance sans mordant.
- Quatrièmement, le sort d'un éventuel mandat de dépôt ne peut être laissé à la discrétion d'un procureur de la Couronne.
- Cinquièmement, j'estime que la philosophie contemporaine du droit criminel qui cherche à réhabiliter les délinquants est mieux servie par des moyens qui permettent au délinquant d'acquitter sa dette envers la société dans un délai raisonnable après le prononcé de la peine. Compter sur un cadeau du ciel permettant d'acquitter l'amende ne semble pas la solution. Pour compenser l'impact plus grand d'une amende sur une personne pauvre, le droit doit

less fortunate find themselves in special circumstances.

#### IV. Conclusion

It is sometimes more prudent for the courts to defer to Parliament in cases of doubt. In this case, however, Parliament cannot, unless it abandons minimum fines, show more flexibility towards the poor. It therefore serves no purpose to disregard the latitude clearly given by the *Code*.

In my view, the imposition of a fine along with an assurance that the prosecution will not be able to ask for the issuance of an arrest warrant does not constitute a just sanction. This sanction either does not allow an impoverished offender to see the end of his or her sentence in a reasonable time or, for those offenders for whom indebtedness is not a source of constraint, allows the offence to go unpunished. The sentence proposed by my colleague would be, in his opinion, more respectful of the respondent's liberty and of Canadian penological principles. The proposed sentence does not seem to be tailored to the circumstances of the case or respectful of the fundamental principles of the 1996 reforms. The concept of liberty must not be interpreted in an abstract manner. It must be the object of a personalized evaluation that takes the particular circumstances of each case into account and that does not disregard the different impact that certain sentences could have on different individuals.

The sentence handed down by the trial judge is not a panacea. Admittedly, it would have been preferable that the respondent benefit from a fine option program. Unfortunately, no such program was available. The trial judge had to work with the tools at his disposal. In my opinion, his decision was enlightened and sensitive to the particular circumstances of the case. It respected the principles of gradation of sentences and properly balanced the relevant penological goals.

faire preuve de flexibilité et accepter que les démunis se trouvent dans des circonstances particulières.

#### IV. Conclusion

Il est parfois plus prudent pour les tribunaux de céder le pas au Parlement en cas de doute. En l'espèce, cependant, le Parlement fédéral ne peut, à défaut de renoncer aux amendes minimales, montrer plus de flexibilité envers les pauvres. Il ne sert donc à rien d'ignorer la marge d'interprétation clairement laissée par le *Code*.

À mon avis, l'imposition d'une amende assortie d'une affirmation que la poursuite ne pourra pas demander l'émission d'un mandat d'arrêt ne constitue pas une sanction juste. Ou bien cette sanction ne permet pas à un délinquant pauvre d'entrevoir la fin de sa peine dans un délai raisonnable, ou bien, pour les délinquants pour lesquels l'endettement n'est pas source de contrainte, elle laisse l'infraction impunie. La peine proposée par mon collègue serait, selon lui, plus respectueuse de la liberté de l'intimé et des principes pénologiques canadiens. La peine proposée ne me paraît ni adaptée aux circonstances de l'espèce, ni respectueuse des principes fondamentaux de la réforme de 1996. La notion de liberté ne doit pas être interprétée de manière abstraite. Elle doit faire l'objet d'une évaluation personnalisée qui tienne compte des circonstances particulières de chaque espèce, et qui ne fasse donc pas abstraction de l'impact différent que certaines peines peuvent avoir sur différents individus.

La peine prononcée par le juge de première instance n'est pas une panacée. Certes, il aurait été préférable que l'intimé puisse bénéficier d'un mode facultatif de paiement des amendes. Malheureusement, aucun programme n'était disponible. Le juge de première instance devait composer avec les outils dont il disposait. À mon avis sa décision était éclairée et respectueuse des conditions particulières de l'espèce, elle respectait les principes de gradation des peines et faisait un bon équilibre entre les différents objectifs pénologiques pertinents.

98

99

100

101 For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed with costs to the respondent, DESCHAMPS J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Karam, Greenspon, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.*

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli avec dépens en faveur de l'intimé, la juge DESCHAMPS est dissidente.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Karam, Greenspon, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant : Nova Scotia Legal Aid, Halifax.*

*If undelivered, return COVER ONLY to:*

**Communication Canada  
Canadian Government Publishing  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S9**

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

**Communication Canada  
Les Éditions du gouvernement du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S9**

---

**Available from:  
Canadian Government Publishing  
Communication Canada  
Ottawa, Canada K1A 0S9**

**En vente auprès de :  
Les Éditions du gouvernement du Canada  
Communication Canada  
Ottawa, Canada K1A 0S9**



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 4, 2003 Vol. 3**

and Tables

Cited as [2003] 3 S.C.R. { i-xxxviii  
571-770

**4<sup>e</sup> cahier, 2003 Vol. 3**

et Tables

Renvoi [2003] 3 R.C.S. { i-xxxviii  
571-770

---



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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
ANDRES GARIN  
LEE ANN GORMAN  
SALLY GRIFFIN

Legal Counsel / Conseillers juridiques  
KAREN LEVASSEUR  
ARCHIBALD MCDONALD  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
NICOLA SUTTON  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET  
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
GINETTE MIGNEAULT  
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
CHANTAL CORBEIL

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

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

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	ix
Table of Cases Cited .....	xiii
Statutes and Regulations Cited .....	xxvii
Authors Cited .....	xxxi
Index .....	763

### **R. v. Clay .....**735

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Liberty and security of person — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana — Imprisonment available as penalty for simple possession — Whether prohibition infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 3(1), Schedule.

### **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine.....**571

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Liberty and security of person — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana — Imprisonment available as penalty for simple possession — Whether prohibition infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 3(1), Schedule.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana for purpose of trafficking — Whether prohibition infringes s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 4(2), Schedule.

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana — Whether prohibition within legislative competence of Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xi
Table de la jurisprudence .....	xiii
Lois et règlements cités.....	xxix
Doctrine citée.....	xxxi
Index .....	767

### **R. c. Clay.....**735

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté et sécurité de la personne — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marihuana — Possibilité d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité pour simple possession — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 3(1), annexe.

### **R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine.....**571

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté et sécurité de la personne — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marihuana — Possibilité d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité pour simple possession — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 3(1), annexe.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 4(2), annexe.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Droit criminel — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marihuana — Cette interdiction relève-t-elle du pouvoir de légiférer du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).



## 2003 Volume 3

# Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe  
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques  
KAREN LEVASSEUR  
ARCHIBALD MCDONALD  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD  
MARY JANE SINCLAIR  
IDA SMITH

JANICE CHENEY  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
ANDRES GARIN  
LEE ANN GORMAN  
SALLY GRIFFIN

JACQUELINE STENCEL  
NICOLA SUTTON  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET  
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
GINETTE MIGNEAULT  
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif  
CHANTAL CORBEIL

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

## ERRATA

[2003] 2 S.C.R., p. 300, para. 92, lines 14 and 16 of the English version. Read “panel” instead of “coram”.

[2002] 2 S.C.R., p. 581, para. 28, lines 4-5 of the French version. Read “ambigu” instead of “ambiguë”.

[1991] 2 S.C.R., p. 94, line *f*-2 of the French version. Read “il existe au moins” instead of “il existe aux moins”.

[2003] 2 R.C.S., p. 300, par. 92, lignes 14 et 16 de la version anglaise. Lire « panel » au lieu de « coram ».

[2002] 2 R.C.S., p. 581, par. 28, lignes 4-5 de la version française. Lire « ambigu » au lieu de « ambiguë ».

[1991] 2 R.C.S., p. 94, ligne *f*-2 de la version française. Lire « il existe au moins » au lieu de « il existe aux moins ».

## MOTIONS — REQUÊTES

(November 1 to December 31, 2003 - 1<sup>er</sup> novembre au 31 décembre 2003)

- 805062 Ontario Limited v. John E. Dodge Holdings Ltd.* (Ont.), 29696, leave to appeal refused with costs, 6.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Air Canada Pilots Association v. Air Line Pilots Association* (F.C.), 29781, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alliance Pipeline Ltd. v. Balisky* (F.C.), 29734, leave to appeal refused, 27.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Arbutus Bay Estates Ltd. v. Davis & Co.* (B.C.), 29630, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Ainsworth Lumber Co.* (B.C.), 29842, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Aurora Quarrying Ltd. v. The Queen* (Ont.), 29812, leave to appeal refused with costs, 11.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barreau du Québec c. McCulloch-Finney* (Qué.), 29344, leave to cross-appeal refused, 20.11.03, autorisation d'appel incident refusée.
- Benchimol c. Midland Walwyn Capital Inc.* (Qué.), 29871, leave to appeal refused with costs, 6.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Biolyse Pharma Corp. v. Bristol-Myers Squibb Co.* (F.C.), 29823, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.11.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Blanchet c. Comité de discipline du Barreau du Québec* (Qué.), 29900, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Board of Governors of Loyalist College of Applied Arts and Technology v. Ontario Public Service Employees Union* (Ont.), 29732, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- British Columbia Teachers' Federation v. Board of School Trustees of School District No. 39 (Vancouver)* (B.C.), 29701, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Carle c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29936, leave to appeal refused, 13.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Chau v. Zhang* (Que.), 29963, leave to appeal refused with costs, 11.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Toronto v. Markle* (Ont.), 29687, leave to appeal refused, 6.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Corriveau c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29817, leave to appeal refused, 11.12.03, autorisation d'appel refusée.
- Côté c. Rancourt* (Qué.), 29939, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.11.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Daniels v. Attorney General of Canada* (Sask.), 29767, leave to appeal refused with costs, 27.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Davidson v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29658, leave to appeal refused, 11.12.03, autorisation d'appel refusée.

- DFS Ventures Inc. v. Manitoba Liquor Control Commission* (Man.), 29753, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dixon v. Leggat* (Ont.), 29764, leave to appeal refused with costs, 11.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dutch Industries Ltd. v. Barton No-Till Disk Inc.* (F.C.), 29738, leave to appeal refused with costs to the respondents, 11.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens en faveur des intimés.
- Equifax Canada Inc. v. Haskett* (Ont.), 29752, leave to appeal refused with costs, 27.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Eurosport Auto Co. Ltd. v. The Queen* (B.C.), 29863, leave to appeal refused, 27.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Excelsior Mortgage Corporation Ltd. v. Dufault* (Alta.), 29809, leave to appeal refused with costs, 11.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fairchuk v. The Queen* (Man.) (Crim.), 29880, leave to appeal refused, 27.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Franz v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29811, leave to appeal refused, 27.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Generex Pharmaceuticals Inc. v. Spark* (Ont.), 29735, leave to appeal refused with costs, 27.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Giammattei v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29731, leave to appeal refused, 20.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Gilbert c. J.R.* (Qué.), 29977, leave to appeal refused, 18.12.03, autorisation d'appel refusée.
- Gilbert c. J.R.* (Qué.), 29979, leave to appeal refused, 18.12.03, autorisation d'appel refusée.
- Gilbert c. N.R.T.* (Qué.), 29978, leave to appeal refused, 18.12.03, autorisation d'appel refusée.
- Gingras c. Houle* (Qué.), 29905, leave to appeal refused with costs, 6.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Godwin v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29348, leave to appeal refused, 6.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Griffith v. Crown Counsel* (B.C.), 29798, leave to appeal refused with costs, 6.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gu v. Tai Foong International Ltd.* (Ont.), 29684, leave to appeal refused with costs, 13.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hamilton Kilty Hockey Club Inc. v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 29807, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harrosch v. The Republic of France* (Que.) (Crim.), 29856, leave to appeal refused, 20.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Hoffmann-La Roche Ltd. v. Ford* (Ont.), 29790, leave to appeal refused with costs, 27.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hummel v. The Queen* (Yuk.) (Crim.), 29406, leave to appeal refused, 18.12.03, autorisation d'appel refusée.
- Hunter v. Bravener* (Ont.), 29850, leave to appeal refused with costs, 13.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Incorporated Broadcasters Ltd. v. Canwest Global Communications Corp.* (Ont.), 29742, leave to appeal refused with costs, 11.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.T.W. v. Children's Aid Society of Toronto* (Ont.), 29695, leave to appeal refused, 6.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Klos v. Van Severen* (Ont.), 29774, leave to appeal refused with costs, 6.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.



- KPMG Inc. c. Caisse Populaire Desjardins de Bienville* (Qué.), 29834, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Krief c. Pigeon* (Qué.), 29922, leave to appeal refused with costs, 13.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ku v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29516, leave to appeal refused, 13.11.03, autorisation d'appel refusée.
- L'Union Québécoise, Compagnie d'assurances générales c. Bernier* (Qué.), 29927, leave to appeal refused with costs, 6.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Labonté c. Tremblay* (Qué.), 29980, leave to appeal refused, 27.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Lin v. Toronto Dominion Bank* (Ont.), 29821, leave to appeal refused with costs, 18.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mashaal c. Midland Walwyn Capital Inc.* (Qué.), 29873, leave to appeal refused with costs, 6.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mennes v. The Queen* (F.C.), 29876, leave to appeal refused with costs, 27.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MFQ Vie, Corporation d'assurances c. Dussault* (Qué.), 29924, leave to appeal refused with costs, 18.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Migneault c. Commission nationale des libérations conditionnelles* (C.F.), 29928, leave to appeal refused with costs, 11.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nagda v. The Queen* (Ont.), 29778, leave to appeal refused, 27.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Nelson v. The Queen* (F.C.), 29992, leave to appeal refused with costs, 27.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Norman v. Avco Financial Services Realty Ltd.* (Ont.), 29819, leave to appeal refused with costs, 18.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nova Scotia Power Inc. v. The Queen* (F.C.), 29649, leave to appeal granted (Federal Court of Appeal, No. A-108-02, January 23, 2003), 20.11.03, autorisation d'appel accordée (Cour d'appel fédérale, n° A-108-02, 23 janvier 2003).
- Nova Scotia Power Inc. v. The Queen* (F.C.), 29649, leave to appeal refused with costs (Federal Court of Appeal, No. A-108-02, March 26, 2003), 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens (Cour d'appel fédérale, n° A-108-02, 26 mars 2003).
- Oliver v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29729, leave to appeal refused, 20.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Orbanski v. The Queen* (Man.) (Crim.), 29793, leave to appeal granted, 18.12.03, autorisation d'appel accordée.
- Pacific National Investments Ltd. v. City of Victoria* (B.C.), 29759, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 13.11.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Pearson v. The Queen* (Ont.), 29797, leave to appeal refused, 20.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Pfizer Canada Inc. v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29768, leave to appeal refused with costs, 27.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. Raymond Chabot Inc.* (Qué.), 29822, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 11.12.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Provincial Court Judges' Association of New Brunswick v. Her Majesty The Queen in Right of the Province of New Brunswick* (N.B.), 30006, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 4.12.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

- R. v. Boudrias* (Qué.) (Crim.), 29915, leave to appeal refused, 20.11.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Krieger* (Alta.) (Crim.), 29569, leave to appeal refused, 23.12.03, autorisation d'appel refusée.
- Rashwan v. Women's College Hospital and Staff* (Ont.), 29703, leave to appeal refused with costs, 11.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rhéaume c. Procureur général du Canada* (C.F.), 29889, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.L. c. M.-J.L.* (Qué.), 29901, leave to appeal refused, 6.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Salem v. Attorney General of Quebec* (Que.) (Crim.), 29884, leave to appeal refused, 13.11.03, autorisation d'appel refusée.
- Sleiman v. Alberta Human Rights and Citizenship Commission* (Alta.), 29896, leave to appeal refused with costs, 13.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Srougi c. Lufthansa German Airlines* (Qué.), 29908, leave to appeal refused with costs, 13.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stewart v. Stewart* (B.C.), 29882, leave to appeal refused with costs, 11.12.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Superintendent of Financial Institutions v. Bank of Nova Scotia* (B.C.), 29667, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sweet v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29837, leave to appeal refused with costs, 13.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tanner v. Steven Clark* (Ont.), 29733, leave to appeal refused with costs, 6.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Thresh c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29940, leave to appeal refused, 11.12.03, autorisation d'appel refusée.
- Waldman v. Minister of Justice* (Ont.) (Crim.), 30012, notice of discontinuance filed, 4.11.03, avis de désistement produit.
- Worker's Compensation Board v. Shuchuk* (Alta.), 29737, leave to appeal refused with costs, 20.11.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Yu v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29861, leave to appeal refused, 27.11.03, autorisation d'appel refusée.

## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause  
(as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>B</b>			
Beals v. Saldanha .....	416	Maranda v. Leblanc.....	193
British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band .....	371	Maranda v. Richer.....	193
<b>C</b>			
C.U.P.E., Local 79, Toronto (City) v.....	77	Maranda v. Québec (Juge de la Cour du Québec) .....	193
C.U.P.E., Local 79, Toronto (City) v.....	149	Metropolitan Toronto Police Force, Odhavji Estate v. ....	263
Caine, R. v.....	571	<b>N</b>	
Canada (Gendarmerie royale), Maranda v. ....	193	National Trust Co. v. H & R Block Canada Inc.....	160
Canadian Union of Public Employees, Local 79, Toronto (City) v.....	77	Nova Scotia (Minister of Education), Doucet- Boudreau v. ....	3
Charron, R. v. ....	193	<b>O</b>	
Clay, R. v.....	735	O.P.S.E.U., Ontario v. ....	149
<b>D</b>			
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) .....	3	Oakville (Town), Vann Niagara Ltd. v. ....	158
Duguay, R. v. ....	307	Odhavji Estate v. Woodhouse.....	263
<b>H</b>			
H & R Block Canada Inc., National Trust Co. v. ..	160	Odhavji Estate v. Metropolitan Toronto Police Force.....	263
<b>L</b>			
Leblanc, Maranda v. ....	193	Odhavji Estate v. Toronto (Metropolitan) Police Force.....	263
<b>M</b>			
Maksteel Québec Inc., Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. ....	228	Okanagan Indian Band, British Columbia (Minis- ter of Forests) v.....	371
Malmo-Levine, R. v. ....	571	Ontario (Crown Employees Grievance Settle- ment Board), Ontario (Ministry of Com- munity and Social Services) v. ....	149
Maranda v. Canada (Gendarmerie royale) .....	193	Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. Ontario (Crown Employees Grievance Settlement Board) .....	149
<b>Q</b>			
		Ontario v. O.P.S.E.U. ....	149
		Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.....	228
		Québec (Juge de la Cour du Québec), Maranda v.	193

	PAGE		PAGE
<b>R</b>			
R. v. Caine.....	571	Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79.....	149
R. v. Charron.....	193	Toronto (City) v. Canadian Union of Public Em- ployees, Local 79.....	77
R. v. Clay.....	193	Toronto (City) v. Canadian Union of Public Em- ployees, Local 79.....	149
R. v. Duguay.....	307	Toronto (Metropolitan) Police Force, Odhavji Estate v. ....	263
R. v. Malmö-Levine.....	571		
R. v. Taillefer.....	307	<b>V</b>	
R. v. Wu.....	530	Vann Niagara Ltd. v. Oakville (Town).....	158
Richer, Maranda v. ....	193	<b>W</b>	
<b>S</b>			
Saldanha, Beals v. ....	416	Woodhouse, Odhavji Estate v. ....	263
<b>T</b>			
Taillefer, R. v. ....	307	Wu, R. v.....	530
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79.....	77		

## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>B</b>		<b>M</b>	
Bande indienne Okanagan, Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c.....	371	Maksteel Québec Inc., Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. ....	228
Beals c. Saldanha .....	416	Malmo-Levine, R. c. ....	571
<b>C</b>		Maranda c. Canada (Gendarmerie royale) .....	193
C.U.P.E., Local 79, Toronto (City) c. ....	77	Maranda c. Leblanc.....	193
C.U.P.E., Local 79, Toronto (City) c. ....	149	Maranda c. Richer.....	193
Caine, R. c.....	571	Maranda c. Québec (Juge de la Cour du Québec)..	193
Canada (Gendarmerie royale), Maranda c. ....	193	Metropolitan Toronto Police Force, Odhavji Estate c. ....	263
Canadian Union of Public Employees, Local 79, Toronto (City) c. ....	77	<b>N</b>	
Canadian Union of Public Employees, Local 79, Toronto (City) c. ....	149	Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation), Doucet-Boudreau c.....	3
Charron, R. c. ....	193	<b>O</b>	
Cie Trust National c. H & R Block Canada Inc.....	160	Oakville (Ville), Vann Niagara Ltd. c. ....	158
City of Toronto c. CUPE, Local 79.....	77	Odhavji Estate c. Metropolitan Toronto Police Force.....	263
Clay, R. c.....	735	Odhavji Estate c. Toronto (Metropolitan) Police Force.....	263
Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan.....	371	Ontario c. S.E.E.F.P.O.....	149
<b>D</b>		Ontario (Crown Employees Grievance Settlement Board), Ontario (Ministry of Community and Social Services) c. ....	149
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation).....	3	Ontario (Ministry of Community and Social Services) c. Ontario (Crown Employees Grievance Settlement Board) .....	149
Duguay, R. c.....	307	<b>Q</b>	
<b>H</b>		Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.....	228
H & R Block Canada Inc., Cie Trust National c....	160		
<b>L</b>			
Leblanc, Maranda c. ....	193		

	PAGE		PAGE
Québec (Juge de la Cour du Québec), Maranda c. ....	193		
<b>R</b>			
R. c. Caine.....	571		
R. c. Charron.....	193		
R. c. Clay.....	735		
R. c. Duguay.....	307		
R. c. Malmö-Levine.....	571		
R. c. Taillefer.....	307		
R. c. Wu.....	530		
Richer, Maranda c. ....	193		
<b>S</b>			
Saldanha, Beals c. ....	416		
S.C.F.P., section locale 79, Toronto (Ville) c. ....	77		
S.E.E.F.P.O., Ontario c. ....	149		
Succession Odhavji c. Woodhouse .....	263		
		<b>T</b>	
		Taillefer, R. c.....	307
		Toronto (City) c. C.U.P.E., Local 79.....	77
		Toronto (City) c. C.U.P.E., Local 79.....	149
		Toronto (City) c. Canadian Union of Public Em- ployees, Local 79.....	77
		Toronto (City) c. Canadian Union of Public Em- ployees, Local 79.....	149
		Toronto (Metropolitan) Police Force, Odhavji Estate c. ....	263
		Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79 .....	77
		<b>V</b>	
		Vann Niagara Ltd. c. Oakville (Ville).....	158
		<b>W</b>	
		Woodhouse, Succession Odhavji c. ....	263
		Wu, R. c. ....	530

## TABLE OF CASES CITED

### TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>A</b>		
Aboulloff v. Oppenheimer .....	(1882), 10 Q.B.D. 295 .....	514
Adams v. Cape Industries plc .....	[1991] 1 All E.R. 929 .....	471, 517
Adgey c. La Reine .....	[1975] 2 R.C.S. 426 .....	326
Adgey v. The Queen .....	[1975] 2 S.C.R. 426 .....	326
Alberta (Minister of Public Works, Supply and Services) v. Nilsson ...	(2002), 220 D.L.R. (4th) 474, 2002 ABCA 283 .....	279
Amadzadegan-Shamirzadi v. Polak .....	[1991] R.J.Q. 1839 .....	215
Amcan Industries Corp. v. Toronto-Dominion Bank .....	[1998] O.J. No. 3014 (QL) .....	394
Andrews v. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 143 .....	658
Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission .....	[1969] 2 A.C. 147 .....	125
Anns v. Merton London Borough Council .....	[1978] A.C. 728 .....	292
Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd. ....	[1976] 1 Ch. 55 .....	45
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard .....	[2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1 .....	25
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island .....	[2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1 .....	25
Ashby v. White .....	(1703), 2 Ld. Raym. 938, 92 E.R. 126 .....	278
Assn. des parents francophones de la Colombie-Britannique v. British Columbia .....	(1998), 167 D.L.R. (4th) 534 .....	26
Assoc. Française des Conseils Scolaires de l'Ontario v. Ontario .....	(1988), 66 O.R. (2d) 599 .....	26
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd. ....	[1983] 2 S.C.R. 206 .....	616
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada .....	[1980] 2 S.C.R. 735 .....	278
Attorney General of Canada v. Radigan .....	(1976), 33 C.R.N.S. 358 .....	547
Attorney General of Quebec v. Blaikie .....	[1981] 1 S.C.R. 312 .....	66
Attorney-General v. Birmingham, Tame, and Rea District Drainage Board .....	[1910] 1 Ch. 48 .....	46
<b>B</b>		
B c. Ontario (Commission des droits de la personne) .....	[2002] 3 R.C.S. 403, 2002 CSC 66 .....	248
B v. Ontario (Human Rights Commission) .....	[2002] 3 S.C.R. 403, 2002 SCC 66 .....	248
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto .....	[1995] 1 S.C.R. 315 .....305, 392, 623, 686, 749	
B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd. ....	[1986] 1 S.C.R. 228 .....	292
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[1999] 2 R.C.S. 817 .....	143, 466
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	[1999] 2 S.C.R. 817 .....	143, 466
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan .....	[2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20 .....	90, 123

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone.....	[2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36 .....	59
Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association.....	[2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36 .....	59
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex .....	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42 .....	758
Benson v. Benson.....	(1994), 120 Sask. R. 17 .....	400
Berryland Canning Co. c. La Reine.....	[1974] 1 C.F. 91 .....	620
Berryland Canning Co. v. The Queen.....	[1974] 1 F.C. 91 .....	620
Bjarnarson v. Government of Manitoba .....	(1987), 38 D.L.R. (4th) 32.....	103
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission).....	[2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44 .....	102, 623
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission) .....	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44 .....	102, 623
BMW of North America, Inc. v. Gore .....	517 U.S. 559 (1996).....	512
Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf .....	(1992), 88 D.L.R. (4th) 612.....	509
Bomac Construction Ltd. v. Stevenson.....	[1986] 5 W.W.R. 21 .....	103
Borowski c. Canada (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 342 .....	21
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342 .....	21
Boucher v. The Queen .....	[1955] S.C.R. 16 .....	338
Boucherville (Ville de) c. Bastien, .....	J.E. 93-1389 .....	260
Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada.....	[1980] 1 R.C.S. 914.....	616, 683
British Columbia (Association des parents francophones) v. British Columbia.....	(1996), 139 D.L.R. (4th) 356.....	45
British Columbia (Human Rights Commission) v. British Columbia (Human Rights Tribunal) .....	(2000), 193 D.L.R. (4th) 488, 2000 BCCA 584 .....	236
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU .....	[1999] 3 S.C.R. 3 .....	237, 261
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights).....	[1999] 3 S.C.R. 868 .....	237, 261
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)...	[1988] 2 S.C.R. 279 .....	248
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)....	[1988] 2 R.C.S. 279 .....	248
Buhlers v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles).....	(1999), 170 D.L.R. (4th) 344.....	623
<b>C</b>		
C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour) .....	[2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29 .....	114
Caccamo c. La Reine .....	[1976] 1 R.C.S. 786 .....	337
Caccamo v. The Queen .....	[1976] 1 S.C.R. 786 .....	337
CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd. .....	[1989] 2 R.C.S. 983 .....	126
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd. .....	[1989] 2 S.C.R. 983 .....	126
Canada (Attorney General) v. Mossop .....	[1993] 1 S.C.R. 554 .....	120
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 941 .....	118
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. ....	[1997] 1 R.C.S. 748 .....	119
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. ....	[1997] 1 S.C.R. 748 .....	119
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias.....	[1997] 3 S.C.R. 391 .....	361
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias.....	[1997] 3 R.C.S. 391 .....	361
Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada.....	[1993] 1 R.C.S. 941 .....	118
Canada (Procureur général) c. Mossop.....	[1993] 1 R.C.S. 554 .....	120
Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454.....	[1998] 1 R.C.S. 1079 .....	130
Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454.....	[1998] 1 S.C.R. 1079 .....	130



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board).....	[1995] 1 S.C.R. 157 .....	118
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.....	[1992] 1 S.C.R. 1021 .....	292
Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada.....	(1986), 32 D.L.R. (4th) 292.....	391
Canadian Tire Corp. v. Summers.....	(1995), 23 O.R. (3d) 106 .....	108
Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City) ..	[1997] 1 S.C.R. 793 .....	128
Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp. ....	[1979] 2 S.C.R. 227 .....	122
Canam Enterprises Inc. v. Coles .....	[2002] 3 S.C.R. 307, 2002 SCC 63 .....	102
Chamberlain v. Surrey School District No. 36 .....	[2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86 .....	113
Chandler v. Alberta Association of Architects.....	[1989] 2 S.C.R. 848 .....	47, 61
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co. ....	[1992] 1 R.C.S. 1021 .....	292
Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.....	[1978] 2 R.C.S. 516 .....	526
Clergue v. H. H. Vivian and Co. ....	(1909), 41 S.C.R. 607 .....	558
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commis- sion) c. BCGSEU .....	[1999] 3 R.C.S. 3 .....	237, 261
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights).....	[1999] 3 R.C.S. 868 .....	237, 261
Commission des droits de la personne du Québec c. Cie Price Ltée ...	J.E. 81-866 .....	239, 258
Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Beauport .....	[1981] C.P. 292 .....	239, 258
Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil.....	[1999] R.J.Q. 1883.....	248
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd. ....	[1985] 2 R.C.S. 536 .....	248
Comtois-Barbeau c. La Reine.....	[1996] R.J.Q. 1127 .....	341
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15 ...	[1997] 1 R.C.S. 487 .....	91, 115
Conseil des Écoles Séparées Catholiques Romaines de Dufferin et Peel c. Ontario (Ministre de l'Éducation et de la Formation).....	(1996), 136 D.L.R. (4th) 704.....	26
Conseil Scolaire Fransaskois de Zenon Park v. Saskatchewan .....	[1999] 12 W.W.R. 742 .....	26
Cooper v. Hobart.....	[2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79 .....	293
Cunningham v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 143 .....	626, 704

## D

Danson c. Ontario (Procureur général).....	[1990] 2 R.C.S. 1086 .....	600
Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.....	[2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44 .....	95, 155
Delgamuukw c. Colombie-Britannique.....	[1997] 3 R.C.S. 1010 .....	403, 409
Delgamuukw v. British Columbia .....	[1997] 3 S.C.R. 1010 .....	403, 409
Demeter v. British Pacific Life Insurance Co. ....	(1983), 150 D.L.R. (3d) 249 .....	93
Descôteaux v. Mierzwinski.....	[1982] 1 S.C.R. 860 .....	203, 222
Dixon v. British Columbia (Attorney-General).....	(1989), 59 D.L.R. (4th) 247 .....	65
Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles) .....	[1993] 2 R.C.S. 756 .....	128
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562 .....	293
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation).....	[2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62 .....	366
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education).....	[2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62 .....	366
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College .....	[1990] 3 S.C.R. 570 .....	27
Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia.....	[2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19 .....	90, 114

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia.....	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19 .....	90, 114
Duchess of Kingston's Case .....	(1776), 2 Sm. L.C. (8th ed.) 784.....	514
Dufresne v. The King.....	(1912), 5 D.L.R. 501.....	619
Duke c. La Reine .....	[1972] R.C.S. 917 .....	337
Duke v. The Queen .....	[1972] S.C.R. 917 .....	337
<b>E</b>		
Earl v. Wilhelm .....	(2000), 199 Sask. R. 21, 2000 SKCA 68.....	400
Egan v. Canada .....	[1995] 2 S.C.R. 513 .....	659
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	[1997] 3 R.C.S. 624 .....	65
Eldridge v. British Columbia (Attorney General) .....	[1997] 3 S.C.R. 624 .....	65
Emanuel v. Symon .....	[1908] 1 K.B. 302 .....	487
États-Unis c. Burns .....	[2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7 .....	105, 644, 720
États-Unis d'Amérique c. Shulman .....	[2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21 .....	102
Ex p. Wakabayashi.....	[1928] 3 D.L.R. 226.....	619
<b>F</b>		
Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co. ....	(1997), 37 O.R. (3d) 464 .....	389
Fowler v. Padget .....	(1798), 7 T.R. 509, 101 E.R. 1103.....	689
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99 .....	290
Franco v. White.....	(2001), 53 O.R. (3d) 391 .....	103
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique.....	[1985] 2 R.C.S. 455 .....	28, 60
Fraser v. Public Service Staff Relations Board.....	[1985] 2 S.C.R. 455 .....	28, 60
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd. ....	[1993] 2 R.C.S. 316.....	136
<b>G</b>		
Garrett v. Attorney-General .....	[1997] 2 N.Z.L.R. 332 .....	280
Garson v. Canadian Credit Men's Trust Association.....	[1929] S.C.R. 282 .....	167, 184
Germerscheid v. Valois .....	(1989), 68 O.R. (2d) 670 .....	108
Godbout c. Longueuil (Ville).....	[1997] 3 R.C.S. 844 .....	623, 686, 724, 749, 760
Godbout v. Longueuil (City).....	[1997] 3 S.C.R. 844 .....	623, 686, 724, 749, 760
Granite Power Corp. v. Ontario .....	[2002] O.J. No. 2188 (QL) .....	281
Grillas c. Ministre de la Main-d'Œuvre et de l'Immigration .....	[1972] R.C.S. 577 .....	62
Grillas v. Minister of Manpower and Immigration.....	[1972] S.C.R. 577 .....	62
Guay v. Sun Publishing Co. ....	[1953] 2 S.C.R. 216.....	290
<b>H</b>		
Hao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[2000] A.C.F. n° 296 (QL).....	135
Hao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	(2000), 184 F.T.R. 246.....	135
Henly v. Mayor of Lyme.....	(1828), 5 Bing. 91, 130 E.R. 995.....	280

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young.....	[1997] 2 S.C.R. 165.....	294
Higgins v. Elliott.....	(1922), 65 D.L.R. 154.....	184
Hilton v. Guyot.....	159 U.S. 113 (1895).....	485
Hodgkinson v. Simms.....	(1988), 55 D.L.R. (4th) 577.....	212
Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles).....	(1999), 44 O.R. (3d) 73.....	623
Hunt v. Carey Canada Inc. ....	[1990] 2 S.C.R. 959.....	277
Hunt v. T&N plc.....	[1993] 4 S.C.R. 289.....	437, 456, 483
Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police.....	[1982] A.C. 529.....	93
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	23
<b>I</b>		
In re St. Nazaire Co. ....	(1879), 12 Ch. D. 88.....	61
In re Swire.....	(1885), 30 Ch. D. 239.....	61
Industrial Acceptance Corp. v. The Queen.....	[1953] 2 S.C.R. 273.....	615
Indyka v. Indyka.....	[1969] 1 A.C. 33.....	435
International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange.....	[1967] S.C.R. 628.....	21
Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500.....	[2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47.....	118
Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500.....	[2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47.....	118
<b>J</b>		
Jacobs v. Beaver.....	(1908), 17 O.L.R. 496.....	443, 514
Jones v. Coxeter.....	(1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642.....	393
<b>K</b>		
Kamloops (City of) v. Nielsen.....	[1984] 2 S.C.R. 2.....	292
Kamloops (Ville de) c. Nielsen.....	[1984] 2 R.C.S. 2.....	292
Kendall v. Hunt (No. 2).....	(1979), 16 B.C.L.R. 295.....	390
Kennard v. Cory Brothers and Co.....	[1922] 1 Ch. 265.....	46
Kidron v. Grean.....	(1996), 48 O.R. (3d) 775.....	508
Kruger Inc. v. Kruco Inc. ....	[1988] R.J.Q. 2323.....	211
<b>L</b>		
Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada.....	[1980] 1 S.C.R. 914.....	616, 683
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général).....	[2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61.....	198, 225
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General).....	[2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61.....	198, 225
Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General).....	(1988), 47 D.L.R. (4th) 586.....	26
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1999] 1 S.C.R. 497.....	659
Law Society of New Brunswick v. Ryan.....	[2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20.....	90, 123
Le Lievre v. Gould.....	[1893] 1 Q.B. 491.....	292
Lemay v. The King.....	[1952] 1 S.C.R. 232.....	99, 337

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740.....	[1990] 3 R.C.S. 644.....	131
Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740.....	[1990] 3 S.C.R. 644.....	131
Loewen Group, Inc. c. United States of America .....	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, n° ARB(AF)/98/3, 26 juin 2003 .....	512
Loewen Group, Inc. v. United States of America International .....	Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB(AF)/98/3, June 26, 2003 .....	512
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd. ....	[1992] 3 S.C.R. 299 .....	292
<b>M</b>		
Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information).....	[2002] 3 R.C.S. 661, 2002 CSC 71 .....	121
Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) .....	[2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13 .....	60
Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance) .....	[2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13 .....	60
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson.....	[1995] 4 S.C.R. 725 .....	33, 59
Madge v. Thunder Bay (City).....	(1990), 72 O.R. (2d) 41 .....	212
Mahe v. Alberta.....	[1990] 1 S.C.R. 342 .....	24
Marchand v. Simcoe County Board of Education .....	(1986), 29 D.L.R. (4th) 596.....	26
Marchand v. Simcoe County Board of Education .....	(1987), 44 D.L.R. (4th) 171.....	26
Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.....	[1975] 2 Lloyd's L.R. 509 .....	45
Martel Building Ltd. v. Canada .....	[2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60 .....	296
McDonald v. McDonald .....	(1998), 163 D.L.R. (4th) 527.....	394, 409
McLaughlan v. Fletcher Challenge Canada Ltd. ....	(2000), 81 B.C.L.R. (3d) 195, 2000 BCCA 584 .....	260
McLennan v. Fulton.....	(1921), 50 O.L.R. 572.....	166, 184
Mercandino v. Devoe & Reynolds, Inc.....	436 A.2d 942 (1981).....	502
Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796.....	[1970] S.C.R. 425 .....	126
Miller v. Workers' Compensation Commission (Nfld.).....	(1997), 154 Nfld. & P.E.I.R. 52 .....	115
Mills c. La Reine.....	[1986] 1 R.C.S. 863 .....	18, 64, 366
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863 .....	18, 64, 366
Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) .....	[1996] 1 R.C.S. 75 .....	34
Mooring v. Canada (National Parole Board).....	[1996] 1 S.C.R. 75 .....	34
Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.....	[1975] 1 S.C.R. 393 .....	435, 489
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye.....	[1990] 3 S.C.R. 1077 .....	433, 456, 473
Moses v. Shore Boat Builders Ltd. ....	(1993), 106 D.L.R. (4th) 654.....	434
Motorsource Inc. v. A.O. Smith Corp.....	(1993), 8 Alta. L.R. (3d) 1 .....	178, 186
Municipal Insurance Assn. of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner).....	(1996), 143 D.L.R. (4th) 134.....	212
Muscutt v. Courcelles .....	(2002), 213 D.L.R. (4th) 577.....	435

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>N</b>		
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations) ..	[1990] 2 R.C.S. 1324 .....	120
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal) .....	[1990] 2 S.C.R. 1324 .....	120
Nelles v. Ontario .....	[1989] 2 S.C.R. 170 .....	33
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative) .....	[1993] 1 R.C.S. 319 .....	28, 60
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly) .....	[1993] 1 S.C.R. 319 .....	28, 60
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.) .....	[1999] 3 S.C.R. 46 .....	21, 397, 640, 709
Nigro v. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. ....	(1977), 18 O.R. (2d) 215 .....	108
Northern Territory of Australia v. Mengel .....	(1995), 129 A.L.R. 1 .....	280
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communau- taires) c. G. (J.) .....	[1999] 3 R.C.S. 46 .....	21, 397, 640, 709
<b>O</b>		
Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) .....	[2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52 .....	59
Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) .....	[2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52 .....	59
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.) .....	[1997] 3 R.C.S. 925 .....	414
Old North State Brewing Co. v. Newlands Services Inc. ....	[1999] 4 W.W.R. 573 .....	434
Ontario c. S.E.E.F.P.O. ....	[2003] 3 R.C.S. 149, 2003 CSC 64 .....	87, 114
Ontario v. O.P.S.E.U. ....	[2003] 3 S.C.R. 149, 2003 SCC 64 .....	87, 114
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd. ....	[1985] 2 S.C.R. 536 .....	248
Ordon Estate v. Grail .....	[1998] 3 S.C.R. 437 .....	259
Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1985] 2 R.C.S. 347 .....	45
Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1990] 3 R.C.S. 1417 .....	45
Organ v. Barnett .....	(1992), 11 O.R. (3d) 210 .....	394
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor) .....	[1991] 2 R.C.S. 69 .....	366
Osborne v. Canada (Treasury Board) .....	[1991] 2 S.C.R. 69 .....	366
Owens Bank Ltd. v. Bracco .....	[1992] 2 All E.R. 193 .....	514
<b>P</b>		
Palmer c. La Reine .....	[1980] 1 R.C.S. 759 .....	327
Palmer v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 759 .....	327
Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp. ....	[1934] S.C.R. 186 .....	61
Parklane Hosiery Co., Inc. v. Shore .....	439 U.S. 322 (1979) .....	96
Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324 .....	[2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42 .....	92
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324 .....	[2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42 .....	92
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board) .....	[1997] 2 S.C.R. 890 .....	121

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Pelech v. Pelech .....	[1987] 1 S.C.R. 801 .....	401
Perka v. The Queen .....	[1984] 2 S.C.R. 232 .....	757
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers) .....	[1994] 2 R.C.S. 557 .....	120
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers) .....	[1994] 2 S.C.R. 557 .....	120
Powder Mountain Resorts Ltd. v. British Columbia .....	(2001), 94 B.C.L.R. (3d) 14, 2001 BCCA 619 .....	279
Powell v. Cockburn .....	[1977] 2 S.C.R. 218 .....	444, 515
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada .....	[1980] 2 R.C.S. 735 .....	278
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée .....	[1983] 2 R.C.S. 206 .....	616
Procureur général du Québec c. Blaikie .....	[1981] 1 R.C.S. 312 .....	66
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général) .....	[2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2 .....	600
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General) .....	[2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2 .....	600
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[1998] 1 R.C.S. 982 .....	90, 119
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ...	[1998] 1 S.C.R. 982 .....	90, 119
<b>Q</b>		
Q. v. Minto Management Ltd. ....	(1984), 46 O.R. (2d) 756 .....	108
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City) .....	[2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27 .....	237, 258
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville) .....	[2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27 .....	237, 258
Québec (Procureur général) v. R.C. ....	J.E. 2003-1578 .....	225
<b>R</b>		
R. v. 974649 Ontario Inc. ....	[2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 .....	23, 67, 366
R. v. Andrews .....	[1974] 2 W.W.R. 481 .....	547
R. v. Antinello .....	(1995), 97 C.C.C. (3d) 126 .....	345
R. v. Araujo .....	[2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65 .....	206
R. v. Arkell .....	[1990] 2 S.C.R. 695 .....	641, 693, 728
R. v. Banks .....	[1916] 2 K.B. 621 .....	99
R. v. Beaton .....	(1984), 49 Nfld. & P.E.I.R. 15 .....	547
R. v. Beaulac .....	[1999] 1 S.C.R. 768 .....	25
R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 S.C.R. 295 .....	23, 237, 258, 614, 673
R. v. Bourget .....	(1987), 35 C.C.C. (3d) 371 .....	338
R. v. Bromley .....	(2001), 151 C.C.C. (3d) 480 .....	105
R. v. Brooks .....	[1988] N.S.J. No. 94 (QL) .....	547
R. v. Brown .....	[2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32 .....	205, 223
R. v. Butler .....	[1992] 1 S.C.R. 452 .....	619, 698, 726
R. v. C. (M.H.) .....	[1991] 1 S.C.R. 763 .....	336
R. v. Campbell .....	[1999] 1 S.C.R. 565 .....	221
R. v. Carosella .....	[1997] 1 S.C.R. 80 .....	335
R. v. Chaplin .....	[1995] 1 S.C.R. 727 .....	335
R. v. Clay .....	[2003] 3 S.C.R. 735, 2003 SCC 75 .....	603, 661
R. v. Coady .....	(1994), 24 W.C.B. (2d) 459 .....	648

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd. ....	[1998] 1 S.C.R. 706 .....	100
R. v. Conway.....	[1989] 1 S.C.R. 1659.....	101, 364
R. v. Creamer.....	(1995), 97 C.C.C. (3d) 108.....	341
R. v. Creighton.....	[1993] 3 S.C.R. 3 .....	689
R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd. ....	[1988] 1 S.C.R. 401 .....	617
R. v. Culley .....	(1977), 36 C.C.C. (2d) 433 .....	647
R. v. Datey.....	[1999] Q.J. No. 1567 (QL) .....	368
R. v. Dauphinee.....	(1984), 62 N.S.R. (2d) 156 .....	648
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944 .....	691
R. v. Dixon.....	[1998] 1 S.C.R. 244 .....	326
R. v. Dunn.....	[1982] 2 S.C.R. 677 .....	759
R. v. Dymont.....	[1988] 2 S.C.R. 417 .....	749
R. v. Dytham.....	[1979] Q.B. 722 .....	282
R. v. Egger.....	[1993] 2 S.C.R. 451 .....	334
R. v. F. (R.P.).....	(1996), 105 C.C.C. (3d) 435.....	635
R. v. Find.....	[2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32 .....	600
R. v. Fleming.....	(1992), 21 W.A.C. 79.....	647
R. v. Forbes.....	(1937), 69 C.C.C. 140.....	602
R. v. Gamble.....	[1988] 2 S.C.R. 595 .....	23, 366, 561
R. v. Gladue.....	[1999] 1 S.C.R. 688 .....	550
R. v. Gruenke.....	[1991] 3 S.C.R. 263 .....	204, 223
R. v. H. (E.F.).....	(1997), 115 C.C.C. (3d) 89.....	63
R. v. Ham.....	[2002] E.W.J. No. 2551 (QL), [2002] EWCA Crim 1353.....	751
R. v. Hamilton.....	(1994), 94 C.C.C. (3d) 12.....	345
R. v. Hamon.....	(1993), 85 C.C.C. (3d) 490.....	641
R. v. Harbottle.....	[1993] 3 S.C.R. 306 .....	320
R. v. Hauser.....	[1979] 1 S.C.R. 984 .....	615, 675
R. v. Hebb.....	(1989), 69 C.R. (3d) 1.....	552
R. v. Hebert.....	[1990] 2 S.C.R. 151 .....	653
R. v. Heywood.....	[1994] 3 S.C.R. 761 .....	686, 728, 752
R. v. Hinchey.....	[1996] 3 S.C.R. 1128 .....	677
R. v. Hunter.....	(2001), 155 C.C.C. (3d) 225.....	368
R. v. Hydro-Québec.....	[1997] 3 S.C.R. 213 .....	620, 675
R. v. Jack.....	(1996), 113 Man. R. (2d) 260.....	368
R. v. Jack.....	[1997] 2 S.C.R. 334 .....	368
R. v. Jarema.....	(1996), 43 Alta. L.R. (3d) 345 .....	341
R. v. Jewitt.....	[1985] 2 S.C.R. 128 .....	367
R. v. Jobidon.....	[1991] 2 S.C.R. 714 .....	635
R. v. Joubert.....	(1992), 69 C.C.C. (3d) 553.....	211
R. v. Keegstra.....	[1995] 2 S.C.R. 381 .....	620, 709
R. v. Keyowski.....	[1988] 1 S.C.R. 657 .....	367
R. v. L. (R.D.).....	(1997), 60 Alta. L.R. (3d) 364 .....	369
R. v. La.....	[1997] 2 S.C.R. 680.....	364
R. v. Latimer.....	[2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1 .....	650
R. v. Lyons.....	[1987] 2 S.C.R. 309 .....	326
R. v. M. (C.).....	(1995), 30 C.R.R. (2d) 112.....	709
R. v. M. (C.A.).....	[1996] 1 S.C.R. 500.....	542, 651, 694

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. MacFarlane .....	(1997), 121 C.C.C. (3d) 211 .....	553
R. v. Mack .....	[1988] 2 S.C.R. 903 .....	367
R. v. Malmo-Levine .....	[2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74 .....	759, 760
R. v. Martineau .....	[1990] 2 S.C.R. 633 .....	690
R. v. McClure .....	[2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14 .....	205, 223
R. v. McKenny .....	(1991), 93 Cr. App. R. 287 .....	105
R. v. McQuaid .....	[1997] N.S.J. No. 20 (QL) .....	341
R. v. Mills .....	[1999] 3 S.C.R. 668 .....	627, 718, 723
R. v. Mitchelson .....	(1992), 78 Man. R. (2d) 134 .....	369
R. v. Morgan .....	[2002] E.W.J. No. 1244 (QL), [2002] EWCA Crim 721 .....	750
R. v. Morgentaler .....	[1988] 1 S.C.R. 30 .....	619, 709, 749
R. v. Morrisey .....	[2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39 .....	649
R. v. Murdock .....	(2003), 11 C.R. (6th) 43 .....	620, 698
R. v. Natrall .....	(1972), 9 C.C.C. (2d) 390 .....	548
R. v. Nette .....	[2001] 3 S.C.R. 488, 2001 SCC 78 .....	689
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society .....	[1992] 2 S.C.R. 606 .....	751
R. v. O'Connor .....	[1995] 4 S.C.R. 411 .....	102, 339
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103 .....	720
R. v. P. (G.) .....	(1998), 128 C.C.C. (3d) 159 .....	369
R. v. Pan .....	(1999), 134 C.C.C. (3d) 1 .....	705
R. v. Parker .....	(2000), 146 C.C.C. (3d) 193 .....	676, 746
R. v. Peterson .....	(1996), 106 C.C.C. (3d) 64 .....	341
R. v. Pottie .....	(1996), 150 N.S.R. (2d) 56 .....	341
R. v. Power .....	[1994] 1 S.C.R. 601 .....	101, 367
R. v. Proulx .....	[2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5 .....	538, 560, 651, 694
R. v. R.A.R. .....	[2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8 .....	542
R. v. Rahey .....	[1987] 1 S.C.R. 588 .....	35, 366
R. v. Regan .....	[2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12 .....	99, 361, 401
R. v. Richards .....	(1989), 88 N.S.R. (2d) 425 .....	648
R. v. S. (S.) .....	[1990] 2 S.C.R. 254 .....	616
R. v. Salituro .....	[1991] 3 S.C.R. 654 .....	414
R. v. Santocono .....	(1996), 91 O.A.C. 26 .....	345
R. v. Sarson .....	[1996] 2 S.C.R. 223 .....	23, 100
R. v. Saskatchewan Wheat Pool .....	[1983] 1 S.C.R. 205 .....	286
R. v. Savion .....	(1980), 52 C.C.C. (2d) 276 .....	338
R. v. Scott .....	[1990] 3 S.C.R. 979 .....	101
R. v. Sharpe .....	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2 .....	619, 703
R. v. Smith .....	[1987] 1 S.C.R. 1045 .....	650, 673
R. v. Smith .....	[1989] 2 S.C.R. 1120 .....	35
R. v. Snider .....	(1977), 37 C.C.C. (2d) 189 .....	543
R. v. Sophonow .....	[1985] M.J. No. 9 (QL) .....	369
R. v. Sophonow (No. 2) .....	(1986), 25 C.C.C. (3d) 415 .....	369
R. v. Stinchcombe .....	[1991] 3 S.C.R. 326 .....	314
R. v. Stolar .....	[1988] 1 S.C.R. 480 .....	332
R. v. Swain .....	[1991] 1 S.C.R. 933 .....	628



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. T. (R.).....	(1992), 10 O.R. (3d) 514 .....	346
R. v. Tessier.....	(1957), 21 W.W.R. 331 .....	547
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 S.C.R. 636 .....	673
R. v. Van der Peet.....	[1996] 2 S.C.R. 507 .....	409
R. v. W. (W.).....	(1995), 100 C.C.C. (3d) 225 .....	342
R. v. Wetmore.....	[1983] 2 S.C.R. 284 .....	616
R. v. White .....	[1999] 2 S.C.R. 417 .....	685
R. v. Wholesale Travel Group Inc.....	[1991] 3 S.C.R. 154 .....	684
R. v. Williams.....	[2003] 2 S.C.R. 134, 2003 SCC 41 .....	693
R. v. Witter .....	[1997] O.J. No. 2248 (QL) .....	648
R. v. Wust.....	[2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18 .....	651, 694
R. v. Young.....	(1984), 40 C.R. (3d) 289.....	367
R. v. Zachary .....	[1996] R.J.Q. 2484.....	533
R. v. Zink .....	(1992), 13 B.C.A.C. 241.....	548
Randle v. Randle.....	(1999), 254 A.R. 323, 1999 ABQB 954 .....	410
Re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486 .....	23, 622, 662
Re Cunliffe and Law Society of British Columbia.....	(1984), 11 D.L.R. (4th) 280.....	338
Re Del Core and Ontario College of Pharmacists .....	(1985), 51 O.R. (2d) 1 .....	93
Re International Woodworkers of America, Local 2-306 and Miramichi Forest Products Ltd. ....	(1971), 21 D.L.R. (3d) 239 .....	558
Re Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union (No. 2) .....	(1987), 60 O.R. (2d) 486 .....	391
Re Manitoba Language Rights Order.....	[1985] 2 S.C.R. 347 .....	45
Re Manitoba Language Rights Order.....	[1990] 3 S.C.R. 1417 .....	45
Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp. ....	(1983), 41 O.R. (2d) 328 .....	213
Re Regina and Arviv.....	(1985), 19 C.C.C. (3d) 395.....	338
Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton- Wentworth Save the Valley Committee, Inc.....	(1985), 51 O.R. (2d) 23 .....	388
Re Residential Tenancies Act, 1979 .....	[1981] 1 S.C.R. 714 .....	27
Re St. Thomas Cabinets, Ltd. ....	(1921), 61 D.L.R. 487.....	167, 184
Reekie v. Messervey .....	[1990] 1 S.C.R. 219 .....	48
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.) .....	[1987] 1 S.C.R. 1148 .....	32
Reference re Firearms Act (Can.).....	[2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31 .....	618, 675
Reference re Manitoba Language Rights .....	[1985] 1 S.C.R. 721 .....	45, 74
Reference re Manitoba Language Rights .....	[1992] 1 S.C.R. 212 .....	45
Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.).....	[1991] 2 S.C.R. 158 .....	23
Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7).....	[1993] 1 S.C.R. 839 .....	24
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island .....	[1997] 3 S.C.R. 3 .....	60
Reference re Resolution to Amend the Constitution .....	[1981] 1 S.C.R. 753 .....	145
Reference re Secession of Quebec.....	[1998] 2 S.C.R. 217 .....	27, 145
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.).....	[1990] 1 S.C.R. 1123 .....	654
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act .....	[1949] S.C.R. 1 .....	618, 673
Reference re Young Offenders Act (P.E.I.).....	[1991] 1 S.C.R. 252.....	33
Regimbald v. Chong Chow .....	(1925), 38 Que. K.B. 440 .....	546

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.) .....	[1991] 2 R.C.S. 158 .....	23
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B. ....	[1985] 2 R.C.S. 486 .....	23, 622, 662
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.) .....	[1990] 1 R.C.S. 1123 .....	654
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle .....	[1981] 1 R.C.S. 714 .....	27
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.) .....	[2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31 .....	618, 675
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7) .....	[1993] 1 R.C.S. 839 .....	24
Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.) .....	[1991] 1 R.C.S. 252 .....	33
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard .....	[1997] 3 R.C.S. 3 .....	60
Renvoi relatif à la sécession du Québec .....	[1998] 2 R.C.S. 217 .....	27, 145
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.) .....	[1987] 1 R.C.S. 1148 .....	32
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1985] 1 R.C.S. 721 .....	45
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1992] 1 R.C.S. 212 .....	45, 74
Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution .....	[1981] 1 R.C.S. 753 .....	145
Rieger v. Burgess .....	[1989] S.J. No. 240 (QL) .....	211
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) .....	[1995] 3 R.C.S. 199 .....	29, 618, 675
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) .....	[1995] 3 S.C.R. 199 .....	29, 618, 675
Roberts v. Aasen .....	[1999] O.J. No. 1969 (QL) .....	394, 412
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	[1993] 3 R.C.S. 519 .....	619, 687, 728
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General) .....	[1993] 3 S.C.R. 519 .....	619, 687, 728
Roenisch v. Roenisch .....	(1991), 85 D.L.R. (4th) 540 .....	108
Rogers v. Sudbury (Administrator of Ontario Works) .....	(2001), 57 O.R. (3d) 467 .....	392
Roglass Consultants Inc. v. Kennedy, Lock .....	(1984), 65 B.C.L.R. 393 .....	444
Roncarelli v. Duplessis .....	[1959] S.C.R. 121 .....	279
Ryan v. McGregor .....	(1925), 58 O.L.R. 213 .....	388
<b>S</b>		
S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail) .....	[2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29 .....	114
Saskatoon Credit Union, Ltd. v. Central Park Enterprises Ltd. ....	(1988), 47 D.L.R. (4th) 431 .....	108
Schachter v. Canada .....	[1992] 2 S.C.R. 679 .....	32
Schneider c. La Reine .....	[1982] 2 R.C.S. 112 .....	619
Schneider v. The Queen .....	[1982] 2 S.C.R. 112 .....	619
Schwartz v. Canada .....	[1996] 1 S.C.R. 254 .....	253
Scowby v. Glendinning .....	[1986] 2 S.C.R. 226 .....	619, 676
Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association .....	[1975] 1 S.C.R. 382 .....	125
Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. v. Elta Group Inc. ....	(1998), 40 O.R. (3d) 563 .....	177, 186
Simpson v. Geswein .....	(1995), 25 C.C.L.T. (2d) 49 .....	108
Skidmore v. Blackmore .....	(1995), 2 B.C.L.R. (3d) 201 .....	389
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Minority Lan- guage School Board No. 50 .....	(1983), 48 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 361 .....	45

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Minority Language School Board No. 50 .....	(1983), 48 N.B.R. (2d) 361 .....	45
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail).....	[1995] 1 R.C.S. 157 .....	118
Solosky c. La Reine .....	[1980] 1 R.C.S. 821 .....	204, 218
Solosky v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 821 .....	204, 218
Sonoco Ltd. v. Local 433 .....	(1970), 13 D.L.R. (3d) 617 .....	54
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.....	[2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78 .....	438, 456, 484
Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp .....	[2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78 .....	438, 456, 484
Sporting Club du Sanctuaire Inc. c. 2320-4365 Québec Inc. ....	[1989] R.D.J. 596.....	54
St-Hubert (Ville de) et Syndicat des cols bleus de la Ville de St-Hubert (C.S.D.) .....	[1998] R.J.D.T. 525 .....	251, 257
St-Jean v. Mercier .....	[2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15 .....	253, 262
Standard Sausage Co. v. Lee .....	(1933), 60 C.C.C. 265, addendum at (1934), 61 C.C.C. 95 .....	620
Steele c. Établissement Mountain.....	[1990] 2 R.C.S. 1385 .....	650
Steele v. Mountain Institution.....	[1990] 2 S.C.R. 1385 .....	650
Stevens c. Canada (Premier ministre).....	[1998] 4 C.F. 89 .....	212
Stevens v. Canada (Prime Minister) .....	[1998] 4 F.C. 89 .....	212
Succession Ordon c. Grail .....	[1998] 3 R.C.S. 437 .....	259
Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand.....	[1987] 2 R.C.S. 219 .....	57
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration).....	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1 .....	644, 720, 724
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1 .....	644, 720, 724
Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville) .....	[1997] 1 R.C.S. 793 .....	128
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick .....	[1979] 2 R.C.S. 227 .....	122
Syndicat démocratique des salariés de Sommex c. Larocque .....	J.E. 96-2311 .....	260
Syndicat du textile de Montmagny inc. c. Cie des fils spécialisés Cavalier inc. ....	[1999] J.Q. n° 1785 (QL).....	260
<b>T</b>		
Taillefer c. La Reine.....	[1989] R.J.Q. 2023.....	337
Therrien (Re).....	[2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35 .....	241, 257
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425 .....	626
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission) .....	[1990] 1 S.C.R. 425 .....	626
Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3) .....	[2000] 2 W.L.R. 1220 .....	280
Tolofson v. Jensen .....	[1994] 3 S.C.R. 1022 .....	456
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79 .....	[2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63 .....	151, 157
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15 .....	[1997] 1 S.C.R. 487 .....	91, 118

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79 .....	[2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63 .....	151, 157
Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 301W c. Brasserie Molson O'Keefe Ltée .....	[1995] R.D.J. 329.....	260
Turner v. Telecommunication Workers Pension Plan .....	(2001), 197 D.L.R. (4th) 533, 2001 BCCA 76 .....	395
<b>U</b>		
Uni-Jet Industrial Pipe Ltd. v. Canada (Attorney General) .....	(2001), 156 Man. R. (2d) 14, 2001 MBCA 40.....	283
Union internationale des employés des services, local n <sup>o</sup> 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association .....	[1975] 1 R.C.S. 382 .....	125
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd. ....	[1993] 2 S.C.R. 316 .....	136
United States v. Burns.....	[2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7 .....	105, 644, 720
United States of America v. Ivey .....	(1995), 26 O.R. (3d) 533 .....	503
United States of America v. Ivey .....	(1996), 30 O.R. (3d) 370 .....	434
United States of America v. Shulman.....	[2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21 .....	102
<b>V</b>		
Vriend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493 .....	23, 65, 658
<b>W</b>		
Watkins v. Olafson .....	[1989] 2 S.C.R. 750 .....	414
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929 .....	34
Wells c. Terre-Neuve.....	[1999] 3 R.C.S. 199 .....	66
Wells v. Newfoundland.....	[1999] 3 S.C.R. 199 .....	66
Wilson c. La Reine.....	[1983] 2 R.C.S. 594 .....	100
Wilson v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 594 .....	100
Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)....	[1997] 3 S.C.R. 925 .....	414
Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co..	[1995] 1 S.C.R. 85 .....	293
Woloschuk v. Von Amerongen.....	[1999] A.J. No. 463 (QL), 1999 ABQB 306 .....	394
Woodruff v. McLennan.....	(1887), 14 O.A.R. 242 .....	443, 513
<b>Y</b>		
Yahoo!, Inc. v. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme .....	169 F.Supp.2d 1181 (2001) .....	486
<b>Z</b>		
Zingre c. La Reine .....	[1981] 2 R.C.S. 392 .....	720
Zingre v. The Queen .....	[1981] 2 S.C.R. 392 .....	720

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>B</b>		<b>F</b>	
<i>Bulk Sales Act</i> , R.S.O. 1990, c. B.14		<i>Forest Practices Code of British Columbia Act</i> ,	
s. 16(2) .....	160	R.S.B.C. 1996, c. 159	
		s. 96 .....	371
<b>C</b>		s. 123 .....	371
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		<b>L</b>	
s. 1 .....	158	<i>Labour Relations Act</i> , S.O. 1995, c. 1, Sch. A	
s. 2(b) .....	158	s. 48 .....	77
s. 7 .....	307, 416, 571, 735		
s. 8 .....	193	<b>N</b>	
s. 12 .....	571	<i>Narcotic Control Act</i> , R.S.C. 1985, c. N-1	
s. 15 .....	571	s. 3(1) .....	571, 735
s. 23 .....	3	s. 4(2) .....	571
s. 24(1) .....	3, 307	Schedule .....	571
<i>Charter of Human Rights and Freedoms</i> ,		<b>P</b>	
R.S.Q., c. C-12		<i>Police Services Act</i> , R.S.O. 1990, c. P.15	
s. 18.2 .....	228	s. 41(1) .....	263
<i>Constitution Act, 1867</i>		s. 113(9) .....	263
s. 91(27) .....	571	<b>R</b>	
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46		<i>Rules of Civil Procedure</i> , R.R.O. 1990,	
s. 488.1 .....	193	Reg. 194	
s. 734.7 .....	530	r. 21.01(1)(b) .....	263
s. 742.1 .....	530	<i>Rules of Court</i> , B.C. Reg. 221/90	
<b>E</b>		r. 1(12) .....	371
<i>Evidence Act</i> , R.S.O. 1990, c. E.23		rr. 37(23) to 37(26) .....	371
s. 22.1 .....	77, 149	r. 52(11)(d) .....	371
<i>Excise Act</i> , R.S.C. 1985, c. E-14		r. 57(9) .....	371
s. 240(1) .....	530		



## LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
		<i>Loi sur la preuve</i> , L.R.O. 1990, ch. E.23	
		art. 22.1 .....	77, 149
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi sur la vente en bloc</i> , L.R.O. 1990, ch. B.14	
art. 1 .....	158	art. 16(2).....	160
art. 2b).....	158	<i>Loi sur les relations de travail</i> , L.O. 1995, ch. 1,	
art. 7 .....	307, 416, 571, 735	ann. A	
art. 8 .....	193	art. 48 .....	77
art. 12 .....	571	<i>Loi sur les services policiers</i> , L.R.O. 1990,	
art. 15 .....	571	ch. P.15	
art. 23 .....	3	art. 41(1).....	263
art. 24(1).....	3, 307	art. 113(9).....	263
<i>Charte des droits et libertés de la personne</i> ,		<i>Loi sur les stupéfiants</i> , L.R.C. 1985, ch. N-1	
L.R.Q., ch. C-12		art. 3(1).....	571, 735
art. 18.2 .....	228	art. 4(2).....	571
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		annexe .....	571
art. 488.1 .....	193	<b>R</b>	
art. 734.7 .....	530	<i>Règles de procédure civile</i> , R.R.O. 1990,	
art. 742.1 .....	530	Règl. 194	
<b>F</b>			
<i>Forest Practices Code of British Columbia Act</i> ,		règle 21.01(1)b).....	263
R.S.B.C. 1996, ch. 159		<i>Rules of Court</i> , B.C. Reg. 221/90	
art. 96 .....	371	règle 1(12).....	371
art. 123 .....	371	règles 37(23) à 37(26).....	371
<b>L</b>			
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		règle 52(11)d).....	371
art. 91(27).....	571	règle 57(9).....	371
<i>Loi sur l'accise</i> , L.R.C. 1985, ch. E-14			
art. 240(1).....	530		





## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Allars, Margaret. “On Deference to Tribunals, With Deference to Dworkin” (1994), 20 <i>Queen’s L.J.</i> 163.....	127
Alldrige, Peter. “Dealing with Drug Dealing”. In A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., <i>Harm and Culpability</i> . Oxford: Clarendon Press, 1996, 239. ....	718
Angleterre. Advisory Committee on Drug Dependence. <i>Cannabis : Report by the Advisory Committee on Drug Dependence</i> . London : Her Majesty’s Stationery Office, 1968. ....	743
Ashworth, Andrew. <i>Sentencing and Criminal Justice</i> , 3rd ed. Markham: Butterworths, 2000. ....	567
Australie-Méridionale. Royal Commission Into the Non-Medical Use of Drugs. <i>Cannabis : A Discussion Paper</i> . Adelaide : Gillingham Printers, 1978. ....	743
Barreau du Haut-Canada. <i>Code de déontologie</i> . Toronto : Barreau du Haut-Canada, 2000. ....	99
Belsheim, Edmund O. “The Old Action of Account” (1931-1932), 45 <i>Harv. L. Rev.</i> 466. ....	177
Bennett, Frank. <i>Bennett on Receiverships</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999. ....	45
Billig, Thomas Clifford. “Bulk Sales Laws: A Study in Economic Adjustment” (1928), 77 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 72. .	166
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990, “account”.....	176
Blom, Joost. “Conflict of Laws — Enforcement of Extraprovincial Default Judgment — Real and Substantial Connection: <i>Morguard Investments Ltd. v. De Savoye</i> ” (1991), 70 <i>Can. Bar Rev.</i> 733. ....	489
Blom, Joost. “The Enforcement of Foreign Judgments: <i>Morguard</i> Goes Forth Into the World” (1997), 28 <i>Can. Bus. L.J.</i> 373. ....	437
Bogart, W. A. “‘Appropriate and Just’: Section 24 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Question of Judicial Legitimacy” (1986), 10 <i>Dal. L.J.</i> 81. ....	46
Bowes, Richard. Alberta Law Reform Institute. Report No. 56. <i>The Bulk Sales Act</i> . Edmonton: The Institute, 1990. ....	167
British Columbia. Law Reform Commission. LRC 67. <i>Report on Bulk Sales Legislation</i> . Vancouver: The Commission, 1983. ....	167
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2003). ....	465
Brun, Henri, et Guy Tremblay. <i>Droit constitutionnel</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002. ....	59
Brunelle, Christian. « La Charte québécoise et les sanctions de l’employeur contre les auteurs d’actes criminels œuvrant en milieu éducatif » (1995), 29 <i>R.J.T.</i> 313. ....	238, 258
Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. <i>Adult Correctional Services in Canada 2000-2001</i> . Ottawa: Canadian Centre for Justice Statistics, 2002. ....	549

Canada. Canadian Committee on Corrections. <i>Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969. ....	727
Canada. Canadian Sentencing Commission. <i>Sentencing Reform: A Canadian Approach: Report of The Canadian Sentencing Commission</i> . Ottawa: The Commission, 1987. ....	550
Canada. Centre canadien de la statistique juridique. <i>Services correctionnels pour adultes au Canada 2000-2001</i> . Ottawa : Centre canadien de la statistique juridique, 2002. ....	549
Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité spécial sur la consommation non médicale de drogues ou médicaments. <i>Politique pour le nouveau millénaire : Redéfinir ensemble la stratégie canadienne antidrogue</i> , décembre 2002. ....	613
Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. <i>Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969. ....	727
Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. <i>Réformer la sentence : une approche canadienne : Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine</i> . Ottawa : La Commission, 1987. ....	550
Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales. <i>Le cannabis : Rapport de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales</i> . Ottawa : Information Canada, 1972. ....	597, 666, 743
Canada. Commission de réforme du droit du Canada. <i>Le droit pénal dans la société canadienne</i> . Ottawa : Gouvernement du Canada, 1982. ....	636
Canada. Commission du droit du Canada. <i>Qu'est-ce qu'un crime? Des défis et des choix</i> . Ottawa : La Commission, 2003. ....	638
Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. <i>Cannabis: A Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs</i> . Ottawa: Information Canada, 1972. ....	597, 666, 743
Canada. Conseil national du bien-être social. <i>La justice et les pauvres : Une publication du Conseil national du bien-être social</i> . Ottawa : Le Conseil, 2000. ....	549
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, 1 <sup>re</sup> sess., 35 <sup>e</sup> lég., 20 septembre 1994, p. 5873. ....	544
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. I, 1 <sup>re</sup> sess., 32 <sup>e</sup> lég., 14 avril 1980, p. 5. ....	597
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VI, 4 <sup>e</sup> sess., 24 <sup>e</sup> lég., 7 juin 1961, p. 6194. ....	601
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5873. ....	544
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. I, 1st Sess., 32nd Parl., April 14, 1980, p. 5. ....	597
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. VI, 4th Sess., 24th Parl., June 7, 1961, p. 5981. ....	601
Canada. House of Commons. Report of the Special Committee on Non-Medical Use of Drugs. <i>Policy for the New Millennium: Working Together to Redefine Canada's Drug Strategy</i> , December 2002. ....	613
Canada. Law Commission of Canada. <i>What is a Crime? Challenges and Alternatives</i> . Ottawa: The Commission, 2003. ....	638
Canada. Law Reform Commission of Canada. <i>The Criminal Law in Canadian Society</i> . Ottawa: Government of Canada, 1982. ....	636
Canada. National Council of Welfare. <i>Justice and the Poor: A National Council of Welfare Publication</i> . Ottawa: The Council, 2000. ....	549
Canada. Sénat. Rapport du Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites. <i>Le Cannabis : Positions pour un régime de politique publique pour le Canada</i> , vol. I et II. Ottawa : Bibliothèque du Parlement, septembre 2002. ....	590

Canada. Senate. Report of the Senate Special Committee on Illegal Drugs. <i>Cannabis: Our Position for a Canadian Public Policy</i> , vols. I and II. Ottawa: Library of Parliament, September 2002. ....	590
Caron, Madeleine. « Le droit à l'égalité dans la "nouvelle" Charte québécoise telle que modifiée par le projet de loi 86 », dans <i>L'interaction des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés de la personne</i> , cours 83. Service de la formation permanente, Barreau du Québec. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1983-84, 115.....	251
Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 5th ed. Toronto: Butterworths, 2002 (loose-leaf updated May 2003, Issue 5). ....	439, 504
Comtois, Suzanne. <i>Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle : Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.....	134
Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. <i>Traité de droit pénal canadien</i> , 4 <sup>e</sup> éd. ref. et augm. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.....	689
Cowan, Jeff G. "The Standard of Review: The Common Sense Evolution?", paper presented to the Administrative Law Section Meeting, Ontario Bar Association, January 21, 2003.....	115
de Smith, Stanley A., Harry Woolf and Jeffrey L. Jowell. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 5th ed. and First Cum. Supp. to 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995, 1998. ....	57
Devlin, Patrick. <i>The Enforcement of Morals</i> . London: Oxford University Press, 1965. ....	696
<i>Dacey and Morris on the Conflict of Laws</i> , vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000. ....	499
Dowd, Marc-André, et Julie Lefebvre. « La protection contre la discrimination fondée sur les antécédents judiciaires en vertu de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> : "il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée" », dans <i>Développements récents en droit du travail</i> , n <sup>o</sup> 153. Service de la formation permanente, Barreau du Québec. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001, 1. ....	238
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ....	758
Dussault, René, and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , 2nd ed., vol. 4. Toronto: Carswell, 1990. ....	57
Dussault, René, et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , 2 <sup>e</sup> éd., t. III. Québec: Presses de l'Université Laval, 1989. ....	57
Dworkin, Gerald, ed. <i>Mill's On Liberty: Critical Essays</i> . Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 1997. ....	697
Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.....	143
Elliott, David W. "Suresh and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Tailor?" (2002), 65 <i>Sask. L. Rev.</i> 469.....	138
Elliott, Robin, and Jennifer Airs. <i>New Measures for Fine Defaulters, Persistent Petty Offenders and Others: The Reports of the Crime (Sentences) Act 1997 Pilots</i> . London: Home Office, 2000. ....	552
England. Advisory Committee on Drug Dependence. <i>Cannabis: Report by the Advisory Committee on Drug Dependence</i> . London: Her Majesty's Stationery Office, 1968. ....	743
Evans, J. M., et al. <i>Administrative Law: Cases, Text, and Materials</i> , 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery, 1989. ....	147
Falzon, Frank A. V. "Standard of Review on Judicial Review or Appeal", in <i>Administrative Justice Review Background Papers: Background Papers prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia</i> , June 2002.....	115

Feinberg, Joel. <i>The Moral Limits of the Criminal Law</i> , vol. 1, <i>Harm to Others</i> , and vol. 4, <i>Harmless Wrongdoing</i> . Oxford: Oxford University Press, 1984.....	632, 697
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998. ....	293
Fletcher, George P. <i>Rethinking Criminal Law</i> . Boston: Little, Brown, 1978. ....	694
Forbes, Robert M. <i>Handbook: Ontario Bulk Sales Act</i> . Burlington, Ont.: Rapport Publishing, 1990. ....	166
Garant, Patrice. <i>Droit administratif</i> , vol. 2, 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1996. ....	134
Gillespie, Nora. "Charter Remedies: The Structural Injunction" (1989-90), 11 <i>Advocates' Q.</i> 190.....	46
Hall, Wayne, Louise Degenhardt and Michael Lynskey. <i>National Drug Strategy: The Health and Psychological Effects of Cannabis Use</i> . Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre. Canberra: Commonwealth of Australia, 2001.....	610
Hall, Wayne, Nadia Solowij and Jim Lemon. <i>National Drug Strategy: The Health and Psychological Consequences of Cannabis Use</i> . Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre for the National Task Force on Cannabis. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1994.....	609, 668, 743
Harcourt, Bernard E. "The Collapse of the Harm Principle" (1999), 90 <i>J. Crim. L. &amp; Criminology</i> 109. ....	639, 696
Hart, H. L. A. "Immorality and Treason", originally appearing in <i>The Listener</i> , July 30, 1959, pp. 162-63, reprinted in <i>Morality and the Law</i> . Belmont, Calif.: Wadsworth Publishing Co., 1971. ....	632
Hart, H. L. A. "Punishment and the Elimination of Responsibility". In <i>Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law</i> . Oxford: Clarendon Press, 1968. ....	632
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 2002, release 1). ....	59
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , student ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002. ....	616
Holloway, Ian. "'A Sacred Right': Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon" (1993), 22 <i>Man. L.J.</i> 28. ....	131
Howard, M. N., Peter Crane and Daniel A. Hochberg. <i>Phipson on Evidence</i> , 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.....	92
Hudson, Barbara. "Punishing the Poor: Dilemmas of Justice and Difference". In William C. Heffernan and John Kleinig, eds., <i>From Social Justice to Criminal Justice : Poverty and the Administration of Criminal Law</i> . New York: Oxford University Press, 2000, 189. ....	567
India. Hemp Drugs Commission. <i>Marijuana: Report of the Indian Hemp Drugs Commission 1893-1894</i> . Silver Spring, Md.: Thos. Jefferson Publishing Co., 1969.....	743
Innes, Joanna. "The King's Bench prison in the later eighteenth century: law, authority and order in a London debtors' prison". In John Brewer and John Styles, eds., <i>An Ungovernable People: The English and their law in the seventeenth and eighteenth centuries</i> . New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 1980, 250. ....	551
Jacob, Jack Isaac Hai. <i>The Fabric of English Civil Justice</i> . London: Stevens & Sons, 1987.....	70
Jones, David Phillip. "Notes on <i>Dr. Q</i> and <i>Ryan</i> : Two More Decisions by the Supreme Court of Canada on the Standard of Review in Administrative Law", paper presented at the Canadian Institute for the Administration of Justice, Western Roundtable, Edmonton, April 25, 2003.....	141
Langdell, C. C. "A Brief Survey of Equity Jurisdiction" (1888-89), 2 <i>Harv. L. Rev.</i> 241.....	176
Lange, Donald J. <i>The Doctrine of Res Judicata in Canada</i> . Markham, Ont.: Butterworths, 2000. ....	96
Lauzon, Benoit. <i>Les champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002. ....	697

Law Society of Upper Canada. <i>Rules of Professional Conduct</i> . Toronto: Law Society of Upper Canada, 2000.....	99
Lovett, Deborah K. "That Curious Curial Deference Just Gets Curiouser and Curiouser — <i>Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.</i> " (1997), 55 <i>Advocate (B.C.)</i> 541. ....	136
MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Chantal Proulx. <i>Drug Offences in Canada</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated December 2002).....	648
MacLauchlan, H. Wade. "Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada" (2001), 80 <i>Can. Bar Rev.</i> 281. ....	125
Manfredi, Christopher Philip. <i>Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism</i> . Toronto: M&S, 1993. ....	28
Manitoba. Commission de réforme du droit. Report #71. <i>Report on the Bulk Sales Act</i> . Winnipeg : La Commission, 1988.....	167
Manitoba. Law Reform Commission. Report #71. <i>Report on the Bulk Sales Act</i> . Winnipeg: The Commission, 1988.....	167
Manson, Allan. <i>The Law of Sentencing</i> . Toronto: Irwin Law, 2001. ....	558
McLachlin, Beverley. "The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law" (1998-1999), 12 <i>C.J.A.L.P.</i> 171. ....	146
McLachlin, Beverley M. "The Charter: A New Role for the Judiciary?" (1991), 29 <i>Alta. L. Rev.</i> 540. ....	65
Mill, John Stuart. <i>De la liberté</i> . Traduction de L. Lenglet. Paris : Gallimard, 1990. ....	631, 696
Mill, John Stuart. <i>On Liberty and Considerations on Representative Government</i> . Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.....	631, 696
Morton, F. L., and Rainer Knopff. <i>The Charter Revolution and the Court Party</i> . Peterborough, Ont.: Broadview Press, 2000. ....	28
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001. ....	57, 125
Mullan, David J. "Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review" (1991), 45 <i>Admin. L.R.</i> 264. ....	127
Mullan, David J. "Recent Developments in Standard of Review", in <i>Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners</i> . Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.....	115
Murphy, Emily F. <i>The Black Candle</i> . Toronto: Thomas Allen, 1922.....	605
New York (City). Mayor's Committee on Marihuana. <i>The Marihuana Problem in the City of New York</i> . Metuchen, N.J.: Scarecrow Reprint Corp., 1973 (reprint of 1944 ed.). ....	743
Northwest Territories. Committee on Law Reform. Working Paper No. 3. <i>The Bulk Sales Act</i> . Yellowknife: The Committee, 1990.....	167
Nouvelle-Écosse. <i>Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations</i> , vol. 1. Halifax : The Commission, 1989.....	314
Nova Scotia. <i>Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution: Findings and Recommendations</i> , vol. 1. Halifax: The Commission, 1989.....	314
Nygh, P. E. <i>Conflict of Laws in Australia</i> , 6th ed. North Ryde: Butterworths, 1995.....	502
Ontario. Ministry of Transportation. <i>Driver Control Statistics</i> , 2003. ....	556
Oosterhoff, A. H. <i>Oosterhoff on Wills and Succession</i> , 5th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.....	45

	PAGE
Orkin, Mark M. <i>The Law of Costs</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2002). .....	414
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002. ....	92
Packer, Herbert L. <i>The Limits of the Criminal Sanction</i> . Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1968. ....	697, 727
Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. <i>Principes de contentieux administratif</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1982. ....	62
Perell, Paul M. "Res Judicata and Abuse of Process" (2001), 24 <i>Advocates' Q.</i> 189. ....	108
Perrault, Gabrielle. <i>Le contrôle judiciaire des décisions de l'administration : De l'erreur juridictionnelle à la norme de contrôle</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 2002. ....	134
Petter, Andrew. "The Politics of the Charter" (1986), 8 <i>Supreme Court L.R.</i> 473. ....	28
Pettit, Philip. "Indigence and Sentencing in Republican Theory". In William C. Heffernan and John Kleinig, eds., <i>From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law</i> . New York: Oxford University Press, 2000, 230. ....	567
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des Débats</i> , 3 <sup>e</sup> sess., 32 <sup>e</sup> lég., Commission permanente de la justice, Étude du projet de loi n <sup>o</sup> 86, Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, 17 décembre 1982, n <sup>o</sup> 232, p. B-11766. ....	240
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des Débats</i> , 3 <sup>e</sup> sess., 32 <sup>e</sup> lég., vol. 26, n <sup>o</sup> 105, 18 décembre 1982, p. 7505. ....	246
Québec. <i>Rapport de la Commission d'enquête chargée de faire enquête sur la Sûreté du Québec (Commission Poitras)</i> . Québec : La Commission, 1999. ....	314
Ramraj, Victor V. "Freedom of the Person and the Principles of Criminal Fault" (2002), 18 <i>S. Afr. J. Hum. Rts.</i> 225. ....	727
Reid, Hubert. <i>Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001, « <i>functus officio</i> ». ....	47, 63
Roach, Kent. <i>Constitutional Remedies in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated October 2002, release 9). ....	44
Roach, Kent. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2000. ....	689
Roach, Kent. <i>The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue</i> . Toronto: Irwin Law, 2001. ....	28
Ruby, Clayton C., and Dianne L. Martin. <i>Criminal Sentencing Digest</i> . Toronto: Butterworths, 1993 (loose-leaf updated May 2003, Issue 39). ....	647
Saskatchewan. Law Reform Commission. <i>The Bulk Sales Act: Report to the Minister of Justice</i> . Saskatoon: The Commission, 1990. ....	167
Scheid, Don E. "Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments" (1997), 10 <i>Can. J.L. &amp; Juris.</i> 441. ....	694
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2002, release 10). ....	44, 54
Simester, A. P., and G. R. Sullivan. <i>Criminal Law: Theory and Doctrine</i> . Oxford: Hart, 2000. ....	689
Single, Eric W. "At the crossroads one more time: the Impact of the 'Decriminalization' of cannabis in the U.S. and elsewhere". Paper presented at the Interdisciplinary Conference on Canadian Cannabis Policy, University of Western Ontario Faculty of Law, London, Ontario, September 23, 1995. ....	745

Singleton, T. J. "La discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires et les instruments anti-discriminatoires canadiens" (1993), 72 <i>Can. Bar Rev.</i> 456.....	241
Small, Ernest. <i>The Species Problem in Cannabis: Science &amp; Semantics</i> , vols. 1-2. Toronto: Corpus, 1979.....	755
Smith, John Cyril, and Brian Hogan. <i>Criminal Law: Cases and Materials</i> , 7th ed. London: Butterworths, 1999.....	689
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999. ....	204, 221
Smith, John William. <i>A Selection of Leading Cases on Various Branches of the Law</i> , 13th ed. Toronto: Carswell, 1929.....	279
Sossin, Lorne. "Developments in Administrative Law: The 1997-98 and 1998-99 Terms" (2000), 11 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 37. ....	131
South Australia. Commission into the Non-Medical Use of Drugs. <i>Cannabis: A Discussion Paper</i> . Adelaide: Gillingham Printers, 1978. ....	743
Sprague, James L. H. "Another View of Baker" (1999), 7 <i>Reid's Administrative Law</i> 163.....	138
Stephen, James Fitzjames. <i>A History of the Criminal Law of England</i> , vol. II. London: Macmillan, 1883. ....	636
Stephen, James Fitzjames. <i>Liberty, Equality, Fraternity</i> . Edited by R. J. White. London: Cambridge University Press, 1967. ....	696
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.....	689
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. ....	148, 237, 558
"Symposium: The Moral Limits of the Criminal Law" (2001), 5 <i>Buff. Crim. L. Rev.</i> 1-319. ....	697
Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. "If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" <i>Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation</i> . Montreal: Thémis, 2001. ....	512
Teplitsky, Martin. "Prior Criminal Convictions: Are They Conclusive Proof? An Arbitrator's Perspective", in K. Whitaker et al., eds., <i>Labour Arbitration Yearbook 2001-2002</i> , vol. I. Toronto: Lancaster House, 2002, 279.....	109
Territoires du Nord-Ouest. Committee on Law Reform. Working Paper No. 3. <i>The Bulk Sales Act</i> . Yellowknife : The Committee, 1990.....	167
United States. National Commission on Marihuana and Drug Abuse. <i>Marihuana: A Signal of Misunderstanding</i> , First Report. Washington: U.S. Government Printing Office, 1972. ....	743
United States. The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. Task Force on Narcotics and Drug Abuse. <i>Task Force Report: Narcotics and Drug Abuse — Annotations and Consultants' Papers</i> . Washington: U.S. Government Printing Office, 1967. ....	743
von Hirsch, Andrew. "Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation". In A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., <i>Harm and Culpability</i> . Oxford: Clarendon Press, 1996, 259. ....	715
von Hirsch, Andrew, and Nils Jareborg. "Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis" (1991), 11 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 1. ....	691
Walker, David M. <i>Oxford Companion to Law</i> . Oxford: Oxford University Press, 1980, "functus officio".....	47
Walker, Janet. "Beals v. Saldanha: Striking the Comity Balance Anew" (2002), 5 <i>Can. Int'l Law.</i> 28. ....	505
Waters, D. W. M. <i>Law of Trusts in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.....	45

	PAGE
Watson, Garry D. "Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality" (1990), 69 <i>Can. Bar Rev.</i> 623. ....	95
Watson, Garry D., and Frank Au. "Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from Morguard" (2000), 23 <i>Advocates' Q.</i> 167. ....	489
Wolfenden, John, et al. <i>The Wolfenden Report</i> . Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution. New York: Stein and Day, 1963. ....	696
World Health Organization. Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse. <i>Cannabis: a health perspective and research agenda</i> . The Organization, 1997. ....	610
Yntema, Hessel E. "The Objectives of Private International Law" (1957), 35 <i>Can. Bar Rev.</i> 721. ....	484
Ziegel, Jacob S. "Enforcement of Foreign Judgments in Canada, Unlevel Playing Fields, and <i>Beals v. Saldanha</i> : A Consumer Perspective" (2003), 38 <i>Can. Bus. L.J.</i> 294. ....	508



**David Malmo-Levine** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, British  
Columbia Civil Liberties Association  
and Canadian Civil Liberties  
Association** *Intervenors*

and between

**Victor Eugene Caine** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, British  
Columbia Civil Liberties Association  
and Canadian Civil Liberties  
Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. MALMO-LEVINE; R. v. CAINE**

**Neutral citation: 2003 SCC 74.**

File Nos.: 28026, 28148.

2003: May 6; 2003: December 23.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,  
Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental  
justice — Liberty and security of person — Narcotic  
Control Act prohibiting possession of marihuana —  
Imprisonment available as penalty for simple posses-  
sion — Whether prohibition infringes s. 7 of Canadian*

**David Malmo-Levine** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
British Columbia Civil Liberties  
Association et Association canadienne  
des libertés civiles** *Intervenants*

et entre

**Victor Eugene Caine** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
British Columbia Civil Liberties  
Association et Association canadienne  
des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. MALMO-LEVINE; R. c. CAINE**

**Référence neutre : 2003 CSC 74.**

N<sup>os</sup> du greffe : 28026, 28148.

2003 : 6 mai; 2003 : 23 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour,  
LeBel et Deschamps.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice  
fondamentale — Liberté et sécurité de la personne —  
Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la  
possession de marihuana — Possibilité d'emprisonne-  
ment en cas de déclaration de culpabilité pour simple*

*Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 3(1), Schedule.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana for purpose of trafficking — Whether prohibition infringes s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 4(2), Schedule.*

*Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana — Whether prohibition within legislative competence of Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27).*

Two RCMP officers on regular patrol observed C and a male passenger sitting in a van by the ocean. As the officers approached, C, who was in the driver's seat, started the engine and began to back up. As one of the officers came alongside the van, he smelled a strong odour of recently smoked marihuana. C produced for the officer a partially smoked joint which weighed 0.5 gram. He possessed the joint for his own use and not for any other purpose. The former *Narcotic Control Act* states in s. 3(1) that "[e]xcept as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession". Narcotics are defined in the schedules to the Act. Marihuana is a scheduled drug. The penalty on summary conviction for possession of marihuana is a maximum fine of \$1,000 or imprisonment for up to six months or both for a first offence and a maximum fine of \$2,000 or imprisonment for up to one year or both for a subsequent offence. C's application for a declaration that the provisions of the *Narcotic Control Act* prohibiting the possession of marihuana were unconstitutional was denied at trial. He was convicted of simple possession. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction.

M, who describes himself as a "marihuana/freedom activist", helps operate an organization known as the Harm Reduction Club, a co-operative, non-profit association which recognizes some potential harm associated with the use of marihuana and seeks to reduce it. In December 1996, police entered the premises of the Club and seized over 300 grams of marihuana, much of it in the form of "joints". M was charged with possession of

*possession — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 3(1), annexe.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 4(2), annexe.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Droit criminel — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marihuana — Cette interdiction relève-t-elle du pouvoir de légiférer du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).*

Lors d'une patrouille de routine, deux agents de la GRC ont vu C et un passager dans une fourgonnette stationnée à proximité de l'océan. Lorsqu'ils se sont approchés, C, qui était au volant, a mis le contact et commencé à faire marche arrière. Longeant le véhicule, l'un des policiers a senti une forte odeur de marihuana récemment fumée. C a remis au policier un joint partiellement fumé pesant 0,5 gramme. Il l'avait en sa possession pour consommation personnelle et rien d'autre. L'ancienne *Loi sur les stupéfiants* dispose, au par. 3(1), que « [s]auf exception prévue par la présente loi ou ses règlements, il est interdit d'avoir un stupéfiant en sa possession ». Les substances considérées comme des stupéfiants sont énumérées aux annexes de la Loi. La marihuana y figure. Le délinquant est passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, pour une première infraction, d'une amende maximale de 1 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines, et, en cas de récidive, d'une amende maximale de 2 000 \$ et d'un emprisonnement maximal d'un an, ou de l'une de ces peines. Au procès, la juge a rejeté la demande de C qui sollicitait un jugement déclarant inconstitutionnelles les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* interdisant la possession de marihuana. Il a été déclaré coupable de simple possession. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité.

M, qui se décrit lui-même comme un « défenseur de la liberté et de la consommation de la marihuana », participe à l'exploitation d'une association coopérative sans but lucratif connue sous le nom de « Harm Reduction Club », qui reconnaît l'existence de certains risques associés à l'usage de la marihuana et cherche à les réduire. En décembre 1996, la police a visité les locaux du club et saisi plus de 300 grammes de marihuana, essentiellement

marihuana for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the former *Narcotic Control Act*. At trial, M sought to call evidence in support of a constitutional challenge but the trial judge refused to admit the evidence and dismissed the challenge. M was convicted and the Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction.

*Held* (Arbour, LeBel and Deschamps JJ. dissenting on C's appeal): The appeals should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: All sides agree that marihuana is a psychoactive drug which "causes alteration of mental function". That, indeed, is the purpose for which the accused use it. There are concurrent findings in the courts below of "harm" that is neither insignificant nor trivial. Certain groups in society share a particular vulnerability to its effects. While members of these groups, whose identity cannot in general be distinguished from other users in advance, are relatively small as a percentage of all marihuana users, their numbers are significant in absolute terms. The trial judge in C's case estimated "chronic users" to number about 50,000. Pregnant women and schizophrenics are also said to be at particular risk. Advancing the protection of these and other vulnerable individuals through criminalization of the possession of marihuana is a policy choice that falls within the broad legislative scope conferred on Parliament. Equally, it is open to Parliament to decriminalize or otherwise modify any aspect of the marihuana laws that it no longer considers to be good public policy.

The questions before the Court are issues of law, not policy, namely whether the prohibition, including the availability of imprisonment for simple possession, is not valid legislation, either because it does not properly fall within Parliament's legislative competence, or because the prohibition, and in particular the availability of imprisonment, violate the guarantees of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Control of a psychoactive drug that causes alteration in mental functions raises issues of public health and safety, both for the user and for those in the broader

sous forme de « joints ». M a été accusé de possession de marihuana en vue d'en faire le trafic en vertu du par. 4(2) de l'ancienne *Loi sur les stupéfiants*. Au procès, M a voulu présenter certains éléments de preuve au soutien de son argument d'inconstitutionnalité, mais le juge du procès a refusé d'admettre ces éléments et a rejeté l'argument. M a été déclaré coupable et, en appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt* (les juges Arbour, LeBel et Deschamps sont dissidents dans le pourvoi de C) : Les pourvois sont rejetés.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie : Toutes les parties s'accordent pour dire que la marihuana est une drogue psychoactive qui « agit sur les fonctions mentales ». C'est d'ailleurs pour cela que les accusés en consomment. Les conclusions des juridictions inférieures concordent quant à l'existence d'un « préjudice » qui n'est ni insignifiant ni négligeable. Certains groupes de la société sont particulièrement vulnérables aux effets de la marihuana. Bien que les membres de ces groupes ne puissent généralement pas être distingués à l'avance des autres consommateurs et représentent un pourcentage relativement minime de l'ensemble des consommateurs de marihuana, leur nombre est toutefois non négligeable en chiffres absolus. Dans l'affaire C, le juge du procès a évalué à environ 50 000 le nombre de « consommateurs chroniques ». Les femmes enceintes et les schizophrènes seraient également particulièrement à risque. Favoriser la protection de ces personnes et d'autres personnes vulnérables est une décision de politique générale qui relève du large pouvoir de légiférer dont dispose le Parlement. Il est également loisible à celui-ci de décriminaliser ou de modifier de quelque autre façon tout aspect des dispositions régissant la marihuana, s'il ne considère plus que les mesures en question constituent une bonne politique d'intérêt général.

La question que la Cour doit trancher est une pure question de droit, et non une question de politique générale : l'interdiction, y compris la possibilité d'emprisonnement qu'entraîne l'infraction de simple possession, est-elle une disposition législative valide, soit parce qu'elle déborde la compétence législative du Parlement, soit parce que l'interdiction et plus particulièrement la peine d'emprisonnement dont elle est assortie portent atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*?

La réglementation d'une drogue psychoactive qui agit sur les fonctions mentales soulève manifestement des questions de santé et de sécurité publiques, tant

society affected by his or her conduct. The use of marihuana is therefore a proper subject matter for the exercise of the criminal law power. The federal criminal law power is plenary in nature and has been broadly construed. For a law to be classified as a criminal law, it must have a valid criminal law purpose backed by a prohibition and a penalty. The criminal power extends to those laws that are designed to promote public peace, safety, order, health or some other legitimate public purpose. The purpose of the *Narcotic Control Act* fits within the criminal law power, which includes the protection of vulnerable groups. The conclusion that the present prohibition against the use of marihuana can be supported under the criminal law power makes it unnecessary to deal with whether it also falls under the peace, order and good government power.

The availability of imprisonment for the offence of simple possession of marihuana is sufficient to trigger scrutiny under s. 7 of the *Charter*. However, M's desire to build a lifestyle around the recreational use of marihuana does not attract *Charter* protection.

For a rule or principle to constitute a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person.

The delineation of the principles of fundamental justice must inevitably take into account the social nature of our collective existence. To that limited extent, societal values play a role in the delineation of the boundaries of the rights and principles in question. However, the balancing of individual and societal interests within s. 7 is only relevant when elucidating a particular principle of fundamental justice. That done, it is not within the ambit of s. 7 to bring into account such "societal interests" as health care costs. Those considerations will be looked at, if at all, under s. 1.

Even if the "harm principle" relied upon by the accused could be characterized as a legal principle, it

en ce qui concerne le consommateur lui-même que les personnes dans la société qui sont touchées par son comportement. La consommation de marihuana peut donc à juste titre faire l'objet de mesures édictées en vertu de la compétence relative au droit criminel. La compétence du fédéral en matière criminel comporte la plénitude des pouvoirs à cet égard et a été interprétée de manière généreuse. Pour qu'une loi puisse être considérée comme relevant du droit criminel, elle doit comporter un objet valide de droit criminel assorti d'une interdiction et d'une sanction. Le droit criminel englobe les lois favorisant la paix, la sécurité, l'ordre ou la santé publics et tout autre objectif public légitime. L'objectif de la *Loi sur les stupéfiants* correspond au chef de compétence relatif au droit criminel, lequel vise notamment la protection des groupes vulnérables. La conclusion selon laquelle l'interdiction actuelle visant la consommation de la marihuana peut s'appuyer sur la compétence en matière de droit criminel rend inutile l'examen de la question de savoir si l'interdiction peut s'appuyer sur le pouvoir résiduel de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

La possibilité d'emprisonnement pour simple possession de marihuana suffit pour justifier un examen fondé sur l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, la décision de M de centrer son mode de vie sur la consommation récréative de marihuana ne bénéficie pas de la protection de la *Charte*.

Pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

Dans la définition des principes de justice fondamentale, il faut nécessairement prendre en considération la nature sociale de notre existence collective. Ce n'est que dans cette mesure que les valeurs sociétales jouent un rôle dans la détermination de la portée des droits et des principes en question. Cependant, la pondération des droits individuels et des intérêts sociétaux dans l'analyse fondée sur l'art. 7 n'est pertinente que pour préciser un principe de justice fondamentale en particulier. Une fois précisé le principe de justice fondamentale en cause, la prise en compte d'intérêts sociétaux tels les coûts des soins de santé ne fait plus partie de l'analyse fondée sur l'art. 7. Ces considérations seront examinées, si tant est qu'elles le sont, dans l'application de l'article premier.

Même si le « principe du préjudice » invoqué par les accusés pouvait être qualifié de principe juridique,

does not meet the other requirements. First, there is no sufficient consensus that the harm principle is vital or fundamental to our societal notion of criminal justice. While the presence of harm to others may justify legislative action under the criminal law power, the absence of proven harm does not create an unqualified s. 7 barrier to legislative action. Nor is there any consensus that the distinction between harm to others and harm to self is of controlling importance. Finally, the harm principle is not a manageable standard against which to measure deprivation of life, liberty or security of the person.

While the “harm principle” is not a principle of fundamental justice, the state nevertheless has an interest in the avoidance of harm to those subject to its laws which may justify legislative action. Harm need not be shown to the court’s satisfaction to be “serious and substantial” before Parliament can impose a prohibition. Once it is demonstrated, as it has been here, that the harm is not *de minimis*, or not “insignificant or trivial”, the precise weighing and calculation of the nature and extent of the harm is Parliament’s job.

A criminal law that is shown to be arbitrary or irrational will infringe s. 7. However, in light of the state interest in the avoidance of harm to its citizens, the prohibition on marijuana possession is neither arbitrary nor irrational. Marijuana is a psychoactive drug whose “use causes alteration of mental function”, according to the trial judge in C’s case. This alteration creates a potential harm to others when the user engages in driving, flying and other activities involving complex machinery. Chronic users may suffer “serious” health problems. Vulnerable groups are at particular risk, including adolescents with a history of poor school performance, pregnant women and persons with pre-existing conditions such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia or other drug dependencies. These findings of fact disclose a sufficient state interest to support Parliament’s intervention should Parliament decide that it is wise to continue to intervene, subject to a constitutional standard of gross disproportionality. While Parliament has directly addressed some of the potential harmful conduct elsewhere in the *Criminal Code*, one type of legal control to prevent harm does not logically oust other potential forms of legal control, subject as always to the limitation of gross disproportionality. Moreover, Parliament’s decision to move in one area of public health and safety without at the same time moving in other areas

il ne satisferait pas aux autres conditions. Tout d’abord, il n’existe pas un consensus sur le caractère primordial ou fondamental de ce principe dans la notion de justice pénale au sein de notre société. Bien que l’existence d’un préjudice causé à autrui puisse justifier le Parlement de légiférer en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, l’absence de preuve de l’existence d’un préjudice ne constitue pas, au regard de l’art. 7, un obstacle absolu à l’adoption d’une mesure législative. Il n’y a pas non plus consensus quant à l’importance déterminante de la distinction entre le préjudice à autrui et le préjudice à soi-même. Finalement, le principe du préjudice ne constitue pas une norme fonctionnelle permettant d’évaluer l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

Bien que le « principe du préjudice » ne soit pas un principe de justice fondamentale, il n’en demeure pas moins que l’intérêt qu’a l’État à prévenir les préjudices aux personnes assujetties à ses lois peut le justifier de légiférer. Le législateur peut imposer une interdiction sans être tenu de convaincre les tribunaux de l’existence d’un préjudice « grave et important ». Une fois qu’il est prouvé, comme en l’espèce, que le préjudice n’est pas minime ou qu’il n’est pas « ni insignifiant ni négligeable », l’appréciation et la détermination exactes de la nature et de l’étendue du préjudice relève du Parlement.

Une disposition de droit criminel qui est jugée arbitraire ou irrationnelle porte atteinte à l’art. 7. Cependant, au vu de l’intérêt de l’État à prévenir les préjudices à ses citoyens, l’interdiction frappant la possession de marijuana n’est ni arbitraire ni irrationnelle. La marijuana est une drogue psychoactive dont « la consommation agit sur les fonctions mentales », selon le juge qui a présidé le procès de C. Cette action crée un risque pour autrui lorsque le consommateur conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou exerce d’autres activités exigeant de faire fonctionner un appareil complexe. Les consommateurs chroniques peuvent éprouver de « graves » problèmes de santé. Les groupes vulnérables sont particulièrement à risque, notamment les adolescents qui ont déjà des résultats scolaires médiocres, les femmes enceintes et les personnes qui souffrent d’affections préexistantes comme des maladies cardiovasculaires, des troubles respiratoires, la schizophrénie ou d’autres toxicomanies. Ces conclusions de fait révèlent l’existence que l’État a un intérêt suffisant pour justifier la mesure législative si le Parlement juge opportun de la maintenir, pourvu qu’elle respecte la norme constitutionnelle de la disproportion exagérée. Il est vrai que le législateur s’est attaqué directement à certains comportements susceptibles d’être préjudiciables en créant d’autres infractions dans le *Code criminel*. Le recours à une mesure législative donnée pour prévenir un préjudice n’exclut pas

(e.g., alcohol or tobacco) is not, on that account alone, arbitrary or irrational.

The issue of punishment should be approached in light of s. 12 of the *Charter* (which protects against “cruel and unusual treatment or punishment”), and, in that regard, the constitutional standard is one of gross disproportionality. The lack of any mandatory minimum sentence together with the existence of well-established sentencing principles mean that the mere availability of imprisonment on a marihuana charge cannot, without more, violate the principle against gross disproportionality.

A finding that a particular form of penalty violates s. 12 of the *Charter* may call for a constitutional remedy in relation to the penalty, but leave intact the criminalization of the conduct, which may still be constitutionally punishable by an alternative form of penalty.

The operative concept here is the use of incarceration, not the availability of incarceration. Possession of marihuana carries no minimum sentence. In most possession cases, offenders (whether vulnerable or not) receive discharges or conditional sentences. This is particularly true where the amounts of marihuana involved are small and for recreational uses, where the usual sentence is a conditional discharge. There is no impediment in the legislation to a trial judge imposing a fit sentence after a conviction for simple possession of marihuana.

The “availability” of imprisonment in respect of the scheduled drugs under the *Narcotic Control Act* is part of a statutory framework for dealing with drugs generally and is not specifically directed at marihuana. The case law discloses that it is only in the presence of aggravating circumstances, not likely to be present in the situation of “vulnerable persons”, where a court has been persuaded that imprisonment for simple possession of marihuana was, in the particular case, a fit sentence. There is no need to turn to the *Charter* for relief against an unfit sentence. If imprisonment is not a fit sentence in a particular case it will not be imposed, and if imposed, it will be reversed on appeal.

logiquement le recours à d’autres mesures du genre, sous réserve toujours du respect du critère de la disproportion exagérée. En outre, la décision du Parlement d’intervenir dans un domaine intéressant la santé et la sécurité publiques (la consommation d’alcool et de tabac par exemple) et pas dans un autre n’est pas, de ce seul fait, arbitraire ou irrationnelle.

La question de la sanction doit être examinée au regard de l’art. 12 de la *Charte* (qui protège chacun contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ») et, dans de tels cas, la norme constitutionnelle applicable est celle de la disproportion exagérée. L’absence de peine minimale obligatoire et l’existence de principes de détermination de la peine bien établis signifient que la possibilité d’emprisonnement pour une infraction liée à la marihuana ne saurait à elle seule constituer une mesure disproportionnée exagérée.

Le fait de conclure qu’une peine donnée viole l’art. 12 de la *Charte* peut exiger une réparation constitutionnelle liée à la peine sans pour autant remettre en cause la criminalisation du comportement, lequel peut encore, constitutionnellement, être punissable par un autre type de peine.

Le concept clé en l’espèce est le recours à l’incarcération, et non la possibilité d’incarcération. La possession de marihuana n’expose le délinquant à aucune peine minimale. Dans la plupart des affaires de possession, le délinquant (qu’il s’agisse ou non d’une personne vulnérable) fait l’objet d’une absolution ou d’une peine d’emprisonnement avec sursis. Cela se produit particulièrement lorsqu’il est question d’une petite quantité de marihuana à des fins récréatives, auquel cas l’absolution sous condition est la peine habituellement infligée. Il n’y a dans la loi aucun obstacle empêchant le juge du procès d’infliger une peine appropriée à la personne déclarée coupable de simple possession de marihuana.

La « possibilité » d’emprisonnement pour possession d’une drogue figurant à l’annexe de la *Loi sur les stupéfiants* fait partie intégrante du cadre législatif applicable aux drogues en général et non pas seulement à la marihuana en particulier. L’examen de la jurisprudence révèle que ce n’est que lorsqu’il y avait des circonstances aggravantes, circonstances peu susceptibles d’être présentes dans le cas des « personnes vulnérables », que le tribunal a estimé, dans l’affaire dont il était saisi, qu’une peine d’emprisonnement constituait une peine appropriée à l’égard de l’infraction de simple possession de marihuana. Point n’est besoin d’invoquer la *Charte* pour obtenir réparation à l’encontre d’une peine inappropriée. Lorsque, dans un cas donné, une peine d’emprisonnement n’est pas indiquée, elle ne sera pas infligée et, si elle l’est, elle sera annulée en appel.

The effects on the accused of enforcement of the prohibition are not so grossly disproportionate that they render the prohibition on marihuana possession contrary to s. 7 of the *Charter*. The consequences complained of by the accused are largely the product of deliberate disobedience to the law of the land. If the court imposes a sentence on conviction that is no more than a fit sentence, which it is required to do, the other adverse consequences of conviction are really associated with the criminal justice system in general rather than this offence in particular. In any system of criminal law there will be prosecutions that turn out to be unfounded, publicity that is unfairly adverse, costs associated with a successful defence, lingering and perhaps unfair consequences attached to a conviction for a relatively minor offence by other jurisdictions, and so on. These effects are serious but they are part of the social and individual costs of having a criminal justice system. Whenever Parliament exercises its criminal law power, such costs will arise. To suggest that such "inherent" costs are fatal to the exercise of the power is to overshoot the function of s. 7.

Applying a standard of gross disproportionality, the effects on accused persons of the present law, including the potential of imprisonment, fall within the broad latitude within which the Constitution permits legislative action.

The so-called "ineffectiveness" of the prohibition on marihuana possession is simply another way of characterizing a refusal to comply with the law. That refusal cannot be elevated to a constitutional argument against validity based on the invocation of fundamental principles of justice. Moreover, balancing the law's salutary and deleterious effects is a function that is more properly reserved for s. 1. As the accused have not established an infringement of s. 7, there is no need to call on the government for a s. 1 justification.

M's equality claim must fail. Prohibiting possession of marihuana for the purpose of trafficking does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. A taste for marihuana is not a "personal characteristic" in the sense required to trigger s. 15 protection, but is a lifestyle choice that bears no analogy with the personal characteristics listed.

In the circumstances of M's case, the trial judge erred in excluding the expert evidence of legislative and

Les effets sur les accusés de l'interdiction visant la possession de la marihuana ne sont pas si exagérément disproportionnés qu'ils rendent cette interdiction contraire à l'art. 7 de la *Charte*. Les conséquences dont se plaignent les accusés sont en grande partie le fruit d'une désobéissance délibérée à la loi du pays. Si le tribunal inflige à la personne déclarée coupable une peine qui n'est rien d'autre qu'appropriée, ce qu'il est tenu de faire, les autres conséquences préjudiciables sont en fait liées au système de justice pénale en général et non à cette infraction en particulier. Dans tout système de droit pénal, il arrive qu'une poursuite se révèle non fondée, que la publicité qui l'entoure soit injustement préjudiciable, qu'une défense fructueuse occasionne des frais, qu'une déclaration de culpabilité pour une infraction relativement mineure ait des conséquences persistantes et peut-être injustes dans d'autres ressorts, et ainsi de suite. Il s'agit de conséquences graves, mais elles font partie des coûts sociaux et personnels qu'entraîne le fait de posséder un système de justice pénale. Chaque fois que le Parlement exerce sa compétence en matière de droit criminel, de tels coûts en résultent. Prétendre que ces coûts « intrinsèques » invalident l'exercice de cette compétence a pour effet d'exagérer le rôle de l'art. 7.

Si l'on applique la norme de la disproportion exagérée, les effets sur les accusés des dispositions actuelles, y compris la possibilité d'emprisonnement, n'excèdent pas la vaste latitude que la Constitution accorde au législateur.

La prétendue « inefficacité » de l'interdiction frappant la possession de marihuana est simplement une autre façon de désigner le refus des gens d'observer la loi. L'on ne saurait, en invoquant les principes de justice fondamentale, faire de ce refus un argument d'inconstitutionnalité. En outre, la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la loi est une démarche qui relève davantage de l'application de l'article premier. Comme les accusés n'ont pas établi l'existence d'une atteinte aux droits garantis par l'art. 7, il n'est pas nécessaire de demander à l'État de procéder à la justification requise par l'article premier.

L'argument de M fondé sur le droit à l'égalité ne saurait être retenu. L'interdiction d'avoir en sa possession de la marihuana en vue d'en faire le trafic ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Le goût pour la marihuana ne constitue pas une « caractéristique personnelle » entraînant l'application de la garantie prévue à l'art. 15, mais un choix de mode de vie qui n'est en rien analogue aux caractéristiques personnelles énumérées à cet article.

Dans les circonstances propres au pourvoi de M, le juge du procès a fait erreur en refusant d'admettre la

constitutional facts M wished to adduce, which was relevant to his challenge under the *Charter*. While the trial judge was clearly unimpressed by what M wished to establish, in the circumstances he ought to have admitted the evidence, despite his misgivings, so as to permit M to put forward a full record in the event of an appeal. The complications that would otherwise have attended the hearing of the appeal, however, were obviated by the parties' agreement to treat C's evidence of legislative fact as equally applicable to M's appeal. In the result, the trial judge's error did not prejudice M.

*Per* Arbour J. (dissenting on C's appeal): The impugned provisions fall under the criminal law head of power. As long as the legislation is directed at a legitimate public health evil and contains a prohibition accompanied by a penal sanction, and provided that it is not otherwise a "colourable" intrusion upon provincial jurisdiction, Parliament has, under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, discretion to determine the extent of the harm it considers sufficient for legislative action. However, where Parliament relies on the protection of health as its legitimate public purpose, it has to demonstrate the injurious or undesirable effect from which it seeks to safeguard the public. While there is no constitutional threshold level of harm required before Parliament may use its broad criminal law power, conduct with little or no threat of harm is unlikely to qualify as a public health evil.

A law that has the potential to imprison a person whose conduct causes little or no reasoned risk of harm to others offends the principles of fundamental justice. Such a law violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter*. Be it as a criminal sanction or as a sanction to any other prohibition, imprisonment must, as a constitutional minimum standard, be reserved for those whose conduct causes a reasoned risk of harm to others. In victimizing conduct, the attribution of fault is relatively straightforward because of the close links between the actor's culpable conduct and the resulting harm to the victim. Harm caused to collective interests, as opposed to harm caused to identifiable individuals, is not easy to quantify and even less easy to impute to a distinguishable activity or actor. In order to determine whether specific conduct, which perhaps only causes direct harm to the actor, or which seems rather benign, causes more than little or no risk of harm to others, courts must assess the

preuve d'expert concernant les faits législatifs et constitutionnels que voulait présenter M et qui était pertinente dans le cadre de sa contestation fondée sur la *Charte*. Même si le juge du procès n'était manifestement pas impressionné par ce que M souhaitait établir, dans les circonstances, il aurait dû malgré ses réserves admettre cette preuve afin de permettre à ce dernier de constituer un dossier complet en prévision d'un éventuel appel. Le fait que les parties aient convenu de considérer que la preuve relative aux faits législatifs présentée par C s'appliquait également dans l'appel de M a toutefois permis d'éviter les complications auxquelles l'audition de l'appel aurait autrement donné lieu. En conséquence, l'erreur du juge du procès n'a pas causé préjudice à M.

*La* juge Arbour (dissidente dans le pourvoi de C) : Les dispositions contestées relèvent du chef de compétence concernant le droit criminel. Si la loi vise un mal légitime pour la santé publique, comporte une interdiction assortie d'une sanction pénale et ne constitue pas par ailleurs un empiètement « déguisé » sur un chef de compétence provinciale, le Parlement possède, en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir discrétionnaire de déterminer l'étendue du préjudice qu'il juge suffisant pour justifier une mesure législative. Toutefois, lorsque le Parlement invoque la protection de la santé comme objectif public légitime, il doit démontrer l'effet nuisible ou indésirable contre lequel il souhaite protéger la population. Bien que la Constitution n'ait pas pour effet de requérir la preuve d'un préjudice minimal avant que le Parlement puisse utiliser son vaste pouvoir législatif en matière de droit criminel, un comportement ne présentant que peu ou pas de risques de préjudice est peu susceptible d'être considéré comme un mal pour la santé publique.

Une loi menaçant d'emprisonnement une personne dont le comportement ne crée que peu ou pas de risques véritables de préjudice pour d'autres personnes viole les principes de justice fondamentale et elle porte atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Que l'emprisonnement soit utilisé comme sanction d'un crime ou d'une autre prohibition, la Constitution requiert au minimum que cette peine soit réservée aux individus dont le comportement crée un véritable risque de préjudice pour autrui. Dans le cas d'un comportement attentatoire, l'imputation de la faute est relativement simple en raison des liens étroits qui existent entre le comportement coupable et le préjudice en résultant pour la victime. Il n'est pas facile de quantifier le préjudice causé à des intérêts collectifs par opposition à celui causé à des personnes identifiables, et il est encore moins facile d'imputer la responsabilité de ce préjudice à une activité ou à un acteur reconnaissable.



interest of society in prohibiting and sanctioning the conduct. “Societal interests” may indeed form part of the s. 7 analysis where the operative principle of fundamental justice necessarily involves issues like the protection of society. Societal interests in prohibiting conduct are evaluated by balancing the harmful effects on society should the conduct in question not be prohibited by law against the effects of prohibiting the conduct. The harm or risk of harm to society caused by the prohibited conduct must outweigh any harm that may result from enforcement.

The harm associated with marihuana use does not justify the state’s decision to use imprisonment as a sanction against the prohibition of its possession. Apart from the risks of impairment while driving, flying or operating complex machinery and the impact of marihuana use on the health care and welfare systems, the harms associated with marihuana use are exclusively health risks for the individual user, ranging from almost non-existent for low/occasional/moderate users of marihuana to relatively significant for chronic users. Harm to self does not satisfy the constitutional requirement that whenever the state resorts to imprisonment, there must be a minimum harm to others as an essential part of the offence.

The majority argue that the potential for imprisonment of members of vulnerable groups is not serious, since it is only in the “presence of aggravating circumstances” that imprisonment for possession will be a fit sentence. This does not strengthen their position; it highlights the difficulty. By their reasoning, it is those who are not members of vulnerable groups and who therefore pose no more than negligible harm to themselves or others who face the threat of imprisonment due to “aggravating circumstances”. The position that the fitness of sentences for possession should be considered under s. 12, and not under s. 7, runs counter to the notion that ss. 8 to 14 of the *Charter* are specific illustrations of the principles of fundamental justice. Where a principle of fundamental justice is invoked which is not specifically set out in ss. 8

Pour déterminer si le comportement en question, qui ne cause peut-être qu’un préjudice direct à son auteur ou semble plutôt bénin, ne cause que peu ou pas de risques de préjudice pour d’autres personnes, les tribunaux doivent évaluer l’intérêt qu’a la société à interdire ce comportement et à le punir. Les « intérêts sociétaux » peuvent effectivement faire partie de l’analyse fondée sur l’art. 7 lorsque le principe de justice fondamentale pertinent fait intervenir des préoccupations telle la protection de la société. L’appréciation de l’intérêt qu’a la société à interdire un comportement consiste à soulever, d’une part, les effets préjudiciables qu’aurait pour celle-ci le fait de ne pas interdire par voie législative le comportement en cause et, d’autre part, les effets qui découleraient de la prohibition de celui-ci. Le préjudice ou risque de préjudice que crée pour la société le comportement prohibé doit être plus grand que tout préjudice susceptible de résulter des mesures visant à le prévenir.

Le préjudice lié à la consommation de marihuana ne justifie pas la décision de l’État d’avoir recours à l’emprisonnement pour faire respecter l’interdiction visant la possession de cette substance. Exception faite des risques que comporte l’usage de la marihuana lorsque le consommateur conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou fait fonctionner un appareil complexe et des répercussions de l’usage de cette substance sur les systèmes de soins de santé et d’aide sociale, les effets néfastes de la consommation de marihuana présentent exclusivement des risques pour la santé du consommateur, risques qui vont de quasi inexistantes pour les personnes qui n’en font qu’une consommation faible, occasionnelle ou modérée à relativement élevés pour les consommateurs chroniques. Le préjudice qu’une personne se cause à elle-même ne satisfait pas à l’exigence constitutionnelle selon laquelle, dans tous les cas où l’État a recours à l’emprisonnement, l’existence d’un préjudice minimal à autrui est un des éléments essentiels de l’infraction.

Selon la majorité, les membres de groupes vulnérables déclarés coupables de possession de marihuana ne risquent pas sérieusement l’emprisonnement, puisque ce n’est qu’en « présence de circonstances aggravantes » que l’emprisonnement constitue une peine appropriée. Cette affirmation n’étaye pas leur position, mais fait plutôt ressortir la principale difficulté que soulève la situation. Si on applique le raisonnement des juges majoritaires, c’est sur les délinquants qui ne font pas partie de groupes vulnérables — c’est-à-dire les personnes qui créent tout au plus un risque négligeable de préjudice pour eux-mêmes et pour autrui — que pèsera la menace d’emprisonnement à cause de la présence de « circonstances aggravantes ». L’argument selon lequel il est préférable d’examiner au regard de l’art. 12 plutôt que de

to 12, the analysis is appropriately conducted pursuant to s. 7.

Sending vulnerable people to jail to protect them from self-inflicted harm does not respect the harm principle as a principle of fundamental justice. Similarly, the fact that some vulnerable people may harm themselves by using marihuana is not a sufficient justification to send other members of the population to jail for engaging in that activity. The state cannot prevent the general population, under threat of imprisonment, from engaging in conduct that is harmless to them, on the basis that other, more vulnerable persons may harm themselves if they engage in it, particularly if one accepts that imprisonment would be inappropriate for the targeted vulnerable groups.

The two spheres of risks to others identified by the trial judges are not sufficient to justify recourse to the most severe penalty imposed by law, a sentence generally viewed as a last resort. First, while the risk that persons experiencing the acute effects of the drug may be less adept at driving, flying and engaging in other activities involving complex machinery is indeed a valid concern, the act of driving while under the influence of alcohol or drugs is a separate activity from mere possession and use. Dangerous driving is already dealt with in the *Criminal Code*, and rightly so, because it is this act which risks victimizing identifiable others as well as society as a whole. The second negative effect on society as a whole that was identified, i.e., general harm to the health care and welfare systems, is just too remote and minor to justify the threat of imprisonment for simple possession of marihuana. Canadians do not expect to face the prospect of imprisonment whenever they embark on some adventure which involves a possibility of injury to themselves. There is no reason to single out those who may jeopardize their health by smoking marihuana. If there remained any doubt as to whether the harms associated with marihuana use justify the state in using imprisonment as a sanction against its possession, this doubt disappears when the harms caused by the prohibition are put in the balance. The record shows, and the trial judges found, that the prohibition of simple possession of marihuana attempts to prevent a low quantum of harm to society at a very high cost. A negligible burden on the health care and welfare systems, coupled with the many significant

l'art. 7 la justesse des peines infligées pour la simple possession de marihuana va à l'encontre de l'idée que les art. 8 à 14 de la *Charte* sont des exemples précis de principes de justice fondamentale. Dans les cas où l'on invoque un principe de justice fondamentale non mentionné expressément aux art. 8 à 12, il faut procéder à l'analyse fondée sur l'art. 7.

Le fait d'envoyer des personnes vulnérables en prison pour les protéger contre elles-mêmes ne respecte pas le principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale. De même, le fait que certaines personnes vulnérables puissent se faire du tort en consommant de la marihuana n'est pas une raison suffisante pour emprisonner d'autres personnes se livrant à cette activité. L'État ne peut pas, en les menaçant d'emprisonnement, empêcher tous les justiciables d'adopter un comportement qui ne leur est pas préjudiciable, pour le motif que d'autres personnes plus vulnérables pourraient se faire du tort si elles adoptaient ce comportement, particulièrement si on reconnaît que l'emprisonnement ne serait pas une mesure appropriée pour les groupes vulnérables visés.

Les deux risques pour autrui dont l'existence a été constatée par les juges de première instance ne suffisent pas pour justifier l'application de la peine la plus sévère prévue par la loi, sanction qui est généralement considérée comme une solution de dernier recours. Tout d'abord, bien que le risque que des personnes ressentant les effets aigus de la drogue puissent être moins aptes à conduire un véhicule à moteur, à piloter un avion ou à exercer d'autres activités exigeant de faire fonctionner un appareil complexe soit effectivement une préoccupation valide, le fait de conduire sous l'effet de l'alcool ou de drogues constitue toutefois une activité distincte du simple fait de posséder et consommer une telle substance. La conduite dangereuse fait déjà l'objet de dispositions dans le *Code criminel*, à juste titre d'ailleurs, parce que c'est cet acte qui risque de causer préjudice à d'autres personnes identifiables ainsi qu'à l'ensemble de la société. Le deuxième effet préjudiciable à l'ensemble de la société dont l'existence a été constatée, c'est-à-dire le préjudice général aux systèmes de soins de santé et d'aide sociale, est tout simplement trop éloigné et trop mineur pour justifier de punir par l'emprisonnement la simple possession de marihuana. Les Canadiens ne s'attendent pas à aboutir en prison chaque fois qu'ils adoptent un comportement susceptible de leur être préjudiciable. Aucune raison ne justifie de réserver un traitement particulier aux personnes qui peuvent mettre leur santé en péril en fumant de la marihuana. S'il subsiste encore des doutes quant à la question de savoir si les préjudices liés à la consommation de marihuana justifiaient le recours par l'État à l'emprisonnement comme sanction applicable en cas de

negative effects of the prohibition, do not amount to more than little or no reasoned risk of harm to society.

As found by the majority, the prohibition of possession for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act* does not discriminate against M in violation of s. 15 of the *Charter* since the decision to possess and traffic in marihuana is not an immutable personal characteristic, and treating persons who choose to do so in a differential manner in no way infringes human dignity or reinforces prejudicial stereotypes or historical disadvantage. On the record, M's constitutional challenge to the prohibition of possession for the purpose of trafficking based on s. 7 fails.

The Crown has not made any submissions regarding s. 1 of the *Charter*, and none of the courts below considered the issue. The burden is on the Crown to establish that the infringement was justified under s. 1. It has not met this burden.

*Per* LeBel J. (dissenting on C's appeal): There was agreement with the majority that the harm principle should not be raised to the level of a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. However, fundamental rights are at stake and were breached and this Court must intervene as part of its constitutional duty to uphold the fundamental principles of our constitutional order. On the available evidence, the law, as it stands, is an arbitrary response to social problems. The Crown has failed to properly delineate the societal concerns and individual rights at stake, more particularly the liberty interest involved in this appeal. A breach of fundamental rights is made out if and when the response to a societal problem may overreach in such a way as to taint the particular legislative response with arbitrariness. Such a legislative overreach happened here. While it cannot be denied that marihuana can cause problems of varying nature and severity to some people or to groups of them, the harm its consumption may cause seems rather mild on the evidence available. On the other hand, the harm and the problems connected with the form of criminalization chosen by Parliament seem plain and

possession of this substance, ils disparaissent lorsque l'on jette dans la balance les effets préjudiciables de l'interdiction. Il ressort du dossier et des constatations des juges de première instance que l'interdiction de la simple possession de marihuana vise à empêcher un faible préjudice pour la société, mais qu'elle le fait à un coût très élevé. Un fardeau négligeable pour les systèmes de soins de santé et d'aide sociale, conjugué aux nombreux effets négatifs importants de l'interdiction, crée davantage qu'un faible risque véritable de préjudice pour la société.

La majorité a conclu que l'interdiction frappant la possession aux fins de trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants* n'établit pas à l'égard de M de discrimination prohibée par l'art. 15 de la *Charte*, étant donné que la décision d'avoir de la marihuana en sa possession et d'en faire le trafic n'est pas une caractéristique personnelle immuable, et que le fait de traiter différemment les personnes qui choisissent d'agir ainsi ne porte d'aucune façon atteinte à la dignité humaine ni ne renforce des stéréotypes préjudiciables ou des désavantages historiques. À la lumière du dossier, l'argument de M selon lequel l'interdiction visant la possession aux fins de trafic est inconstitutionnelle au regard de l'art. 7 est rejeté.

Le ministère public n'a pas présenté d'observations au sujet de l'article premier de la *Charte* et aucune des juridictions inférieures n'a examiné cette question. Comme il incombait au ministère public d'établir que l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier, il ne s'est pas acquitté de ce fardeau.

*Le* juge LeBel (dissent dans le pourvoi de C) : Il y a accord avec l'opinion de la majorité selon laquelle on ne devrait pas élever le principe du préjudice au rang des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, comme des droits fondamentaux sont en jeu et qu'ils ont été violés, notre Cour doit intervenir dans le cadre de l'obligation qui lui incombe, en vertu de la Constitution, de faire respecter les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel. À la lumière de la preuve présentée, dans sa forme actuelle la loi apporte effectivement une solution arbitraire à certains problèmes sociaux. Le ministère public n'a pas été en mesure de bien définir les préoccupations sociales et les droits individuels qui sont en jeu, plus particulièrement le droit à la liberté que soulève le présent pourvoi. Il y a atteinte lorsque la mesure législative édictée pour répondre à un problème social peut avoir une portée à ce point excessive qu'elle en devient arbitraire. La mesure législative en cause présente une portée excessive. Bien qu'il soit indéniable que la marihuana peut causer à certaines personnes ou à certains groupes des problèmes de nature et de gravité variables, le préjudice susceptible d'être causé

important. Few people appear to be jailed for simple possession but the law remains on the books. The reluctance to enforce it to the extent of actually jailing people for the offence of simple possession seems consistent with the perception that the law as it stands amounts to some sort of legislative overreach to the apprehended problems associated with marihuana consumption. Moreover, besides the availability of jail as a punishment, the enforcement of the law has tarred hundreds of thousands of Canadians with the stigma of a criminal record. The fundamental liberty interest has thus been infringed by the adoption and implementation of a legislative response which is disproportionate to the societal problems at issue and therefore arbitrary, in breach of s. 7 of the *Charter*.

*Per Deschamps J. (dissenting on C's appeal):* Whether pursuant to its jurisdiction over peace, order and good government or under its criminal law power, the prohibition of the possession of drugs lies within Parliament's jurisdiction.

The "harm principle" cannot validly be characterized as a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. The criminal law finds its justification in the protection of society, both as a whole and in its individual components. While there can be no doubt that the state is justified in using its criminal law tools to prevent harm to others, the "harm principle" is too narrow to encompass all the elements that may place limits on the state's exercise of the criminal law.

The inclusion of cannabis in the schedule to the *Narcotic Control Act* infringes the accused's right to liberty without regard for the principles of fundamental justice. For the state to be able to justify limiting an individual's liberty, the legislation upon which it bases its actions must not be arbitrary. In this case, the legislation is arbitrary. First, it seems doubtful that it is appropriate to classify marihuana consumption as conduct giving rise to a legitimate use of the criminal law in light of the *Charter*, since, apart from the risks related to the operation of vehicles and the impact on public health care and social assistance systems, the moderate use of marihuana is on the whole harmless. Second, in view of the availability of more tailored methods, the choice of the criminal law for controlling conduct that causes little

par la consommation de cette substance paraît assez peu important compte tenu de la preuve qui a été présentée. À l'opposé, le préjudice et les problèmes associés à la forme de criminalisation retenue par le législateur paraissent clairs et importants. Il semble que peu de gens soient emprisonnés pour simple possession de marihuana, mais il n'en reste pas moins que la loi continue de prévoir cette possibilité. La réticence des tribunaux à infliger cette peine et à emprisonner effectivement une personne déclarée coupable de simple possession semble confirmer la perception selon laquelle la loi, dans sa forme actuelle, constitue en quelque sorte une réaction législative démesurée aux problèmes que fait craindre la consommation de marihuana. De plus, non seulement la loi permet-elle l'emprisonnement, mais son application signifie que des centaines de milliers de Canadiens sont aux prises avec les stigmates qu'entraînent des antécédents judiciaires. L'adoption et l'application d'une mesure législative qui est disproportionnée aux problèmes sociétaux visés et de ce fait arbitraire porte atteinte au droit fondamental à la liberté, contrevenant ainsi à l'art. 7 de la *Charte*.

*La juge Deschamps (dissidente dans le pourvoi de C) :* Que ce soit en vertu de son pouvoir de légiférer pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement ou de sa compétence en matière de droit criminel, la prohibition de la possession de drogues relève de la compétence du législateur fédéral.

Le « principe du préjudice » ne peut valablement être qualifié de principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Le droit criminel trouve sa justification dans la protection de la société, vue tant dans son ensemble que dans ses composantes. En ce sens, s'il est certain que l'État est justifié d'intervenir en utilisant les outils du droit criminel pour prévenir le dommage à autrui, le « principe du préjudice » est trop étroit pour réunir tous les éléments qui peuvent limiter l'action de l'État en droit criminel.

L'inclusion du cannabis dans l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants* viole le droit à la liberté des accusés sans égards pour les principes de justice fondamentale. Avant de pouvoir justifier la limitation de la liberté d'un individu, l'État doit se fonder sur une loi qui n'est pas arbitraire. Or, en l'espèce, la loi est arbitraire. Premièrement, il y a lieu de douter de la pertinence de classer l'usage de la marihuana comme conduite donnant ouverture à un recours légitime au droit criminel sous le régime de la *Charte* puisque, dans l'ensemble, sauf les risques liés à la conduite de véhicules et à l'impact sur les régimes publics de soin et d'aide, l'usage modéré de la marihuana s'avère inoffensif. Deuxièmement, vu la disponibilité de moyens mieux adaptés, le choix du droit criminel pour réprimer une conduite qui ne cause que peu de préjudice

harm to moderate users or to control high-risk groups for whom the effectiveness of deterrence or correction is highly dubious is out of keeping with Canadian society's standards of justice. Third, the harm caused by prohibiting marihuana is fundamentally disproportionate to the problems that the state seeks to suppress. This harm far outweighs the benefits that the prohibition can bring.

Since the Crown did not attempt to justify the prohibition under s. 1 of the *Charter*, it has not satisfied its burden.

### Cases Cited

By Gonthier and Binnie JJ.

**Referred to:** *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2; *R. v. Forbes* (1937), 69 C.C.C. 140; *R. v. Clay*, [2003] 3 S.C.R. 735, 2003 SCC 75; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Industrial Acceptance Corp. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 273; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Dufresne v. The King* (1912), 5 D.L.R. 501; *Ex p. Wakabayashi*, [1928] 3 D.L.R. 226; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *R. v. Murdoch* (2003), 11 C.R. (6th) 43; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Berryland Canning Co. v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 91; *Standard Sausage Co. v. Lee* (1933), 60 C.C.C. 265, supplemented by addendum at (1934), 61 C.C.C. 95; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Buhlers v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (1999), 170 D.L.R. (4th) 344; *Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R.

aux utilisateurs modérés ou pour encadrer des groupes à risque pour lesquels l'effet dissuasif ou correctif est plus que douteux n'est pas à la hauteur des normes de justice de la société canadienne. Troisièmement, les dommages causés par la prohibition sont foncièrement disproportionnés par rapport au problème que l'État cherche à enrayer. Ces dommages dépassent de loin les bienfaits de la prohibition.

Comme le ministère public n'a pas tenté de justifier la prohibition en vertu de l'article premier de la *Charte*, il ne s'est pas acquitté de son fardeau.

### Jurisprudence

Cité par les juges Gonthier et Binnie

**Arrêts mentionnés :** *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2; *R. c. Forbes* (1937), 69 C.C.C. 140; *R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 735, 2003 CSC 75; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Industrial Acceptance Corp. c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Dufresne c. The King* (1912), 5 D.L.R. 501; *Ex p. Wakabayashi*, [1928] 3 D.L.R. 226; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *R. c. Murdoch* (2003), 11 C.R. (6th) 43; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Berryland Canning Co. c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 91; *Standard Sausage Co. c. Lee* (1933), 60 C.C.C. 265, complété par des motifs additionnels publiés à (1934), 61 C.C.C. 95; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Buhlers c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (1999), 170 D.L.R. (4th) 344; *Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R.

143; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Hamon* (1993), 85 C.C.C. (3d) 490; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *R. v. Fleming* (1992), 21 W.A.C. 79; *R. v. Culley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 433; *R. v. Dauphinee* (1984), 62 N.S.R. (2d) 156; *R. v. Witter*, [1997] O.J. No. 2248 (QL); *R. v. Coady* (1994), 24 W.C.B. (2d) 459; *R. v. Richards* (1989), 88 N.S.R. (2d) 425; *R. v. Morrissey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

By Arbour J. (dissenting in *Caine*)

*R. v. Clay*, [2003] 3 S.C.R. 735, 2003 SCC 75, aff'g (2000), 49 O.R. (3d) 577, aff'g (1997), 9 C.R. (5th) 349; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *R. v. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *Fowler v. Padget* (1798), 7 T.R. 509, 101 E.R. 1103; *R. v. Nette*, [2001] 3 S.C.R. 488, 2001 SCC 78;

(3d) 73; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Hamon* (1993), 85 C.C.C. (3d) 490; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *R. c. Fleming* (1992), 21 W.A.C. 79; *R. c. Culley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 433; *R. c. Dauphinee* (1984), 62 N.S.R. (2d) 156; *R. c. Witter*, [1997] O.J. No. 2248 (QL); *R. c. Coady* (1994), 24 W.C.B. (2d) 459; *R. c. Richards* (1989), 88 N.S.R. (2d) 425; *R. c. Morrissey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

Citée par la juge Arbour (dissidente dans *Caine*)

*R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 735, 2003 CSC 75, conf. (2000), 49 O.R. (3d) 577, conf. (1997), 9 C.R. (5th) 349; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *R. c. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *Fowler c. Padget* (1798), 7 T.R. 509, 101 E.R. 1103; *R. c.*

*R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; *R. v. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Pan* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, aff'd [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *R. v. M. (C.)* (1995), 30 C.R.R. (2d) 112; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *R. v. Williams*, [2003] 2 S.C.R. 134, 2003 SCC 41.

By LeBel J. (dissenting in *Caine*)

*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

By Deschamps J. (dissenting in *Caine*)

*R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Food and Drugs Act and the Narcotic Control Act and to make a consequential amendment to the Criminal Code*, S.C. 1968-69, c. 41, s. 12.  
*Act to amend the Opium and Narcotic Drug Act*, S.C. 1954, c. 38, s. 3.  
*Act to amend The Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1932, c. 20.  
*Act to amend The Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1938, c. 9.  
*Act to prohibit the importation, manufacture and sale of Opium for other than medicinal purposes*, S.C. 1908, c. 50.  
 Bill C-38, *An Act to amend the Contraventions Act and the Controlled Drugs and Substances Act*, 2nd Sess., 37th Parl., 2003.  
 Bill S-19, *An Act to amend the Food and Drugs Act, the Narcotic Control Act and the Criminal Code*, 1st Sess., 30th Parl., 1974.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 12, 8 to 14, 15.

*Nette*, [2001] 3 R.C.S. 488, 2001 CSC 78; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; *R. c. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Pan* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, conf. par [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *R. c. M. (C.)* (1995), 30 C.R.R. (2d) 112; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *R. c. Williams*, [2003] 2 R.C.S. 134, 2003 CSC 41.

Citée par le juge LeBel (dissident dans *Caine*)

*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Citée par la juge Deschamps (dissidente dans *Caine*)

*R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 12, 8 à 14, 15.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 71, 160, 182, 253, 446, 718, 718.1 [aj. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 156; rempl. 1995, ch. 22, art. 6].  
*Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, R.T. Can. 1990 n<sup>o</sup> 42, art. 3(2).  
*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n<sup>o</sup> 37, art. 27.  
*Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, R.T. Can. 1964 n<sup>o</sup> 30, art. 36.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 91(27), 92.  
*Loi de l'opium et des drogues*, S.C. 1911, ch. 17.  
*Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1923*, S.C. 1923, ch. 22.  
*Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1929, ch. 49, art. 4.  
*Loi modifiant la Loi de l'opium et les drogues narcotiques*, S.C. 1954, ch. 38, art. 3.

*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 91(27), 92.  
*Contraventions Act*, S.C. 1992, c. 47.  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.  
*Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Can. T.S. 1990 No. 42, Art. 3(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 71, 160, 182, 253, 446, 718, 718.1 [ad. c. 27 (1st Supp.)], s. 156; repl. 1995, c. 22, s. 6].  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 [rep. 1996, c. 19, s. 94], ss. 2 “marihuana”, “narcotic”, 3, 3(4.1), 3(7), 4(2), Sch., item 3 [now S.C. 1996, c. 19, Sch. II, item 1].  
*Narcotic Control Act*, S.C. 1960-61, c. 35, s. 17(1).  
*Opium and Drug Act*, S.C. 1911, c. 17.  
*Opium and Narcotic Drug Act, 1923*, S.C. 1923, c. 22.  
*Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1929, c. 49, s. 4.  
*Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, Can. T.S. 1964 No. 30, Art. 36.  
*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, Art. 27.

#### Authors Cited

Alldrige, Peter. “Dealing with Drug Dealing”. In A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., *Harm and Culpability*. Oxford: Clarendon Press, 1996, 239.  
 Canada. Canadian Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen’s Printer, 1969.  
 Canada. Health Canada. Information: Cannabis Reform Bill, May 2003.  
 Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. *Cannabis: A Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs*. Ottawa: Information Canada, 1972.  
 Canada. House of Commons. Report of the Special Committee on Non-Medical Use of Drugs. *Policy for the New Millennium: Working Together to Redefine Canada’s Drug Strategy*, December 2002.  
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 32nd Parl., April 14, 1980, p. 5.  
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. VI, 4th Sess., 24th Parl., June 7, 1961, p. 5981.  
 Canada. Law Commission of Canada. *What is a Crime? Challenges and Alternatives*. Ottawa: The Commission, 2003.  
 Canada. Law Reform Commission of Canada. *The Criminal Law in Canadian Society*. Ottawa: Government of Canada, 1982.

*Loi modifiant la Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1932, ch. 20.  
*Loi modifiant la Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1938, ch. 9.  
*Loi modifiant la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants ainsi que, par voie de conséquence, le Code criminel*, S.C. 1968-69, ch. 41, art. 12.  
*Loi prohibant l’importation, la fabrication et la vente de l’opium à toutes fins autres que celles de la médecine*, S.C. 1908, ch. 50.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.  
*Loi sur les contraventions*, L.C. 1992, ch. 47.  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 [abr. 1996, ch. 19, art. 94], art. 2 « chanvre indien » ou « marihuana », « stupéfiant », 3, 3(4.1), 3(7), 4(2), ann., art. 3 [maintenant L.C. 1996, ch. 19, ann. II, art. 1].  
*Loi sur les stupéfiants*, S.C. 1960-61, ch. 35, art. 17(1).  
 Projet de loi C-38, *Loi modifiant la Loi sur les contraventions et la Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2003.  
 Projet de loi S-19, *Loi modifiant la Loi des aliments et drogues, la Loi sur les stupéfiants ainsi que le Code criminel*, 1<sup>re</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., 1974.

#### Doctrine citée

Alldrige, Peter. « Dealing with Drug Dealing ». In A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., *Harm and Culpability*. Oxford : Clarendon Press, 1996, 239.  
 Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité spécial sur la consommation non médicale de drogues ou médicaments. *Politique pour le nouveau millénaire : Redéfinir ensemble la stratégie canadienne antidrogue*, décembre 2002.  
 Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.  
 Canada. Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales. *Le cannabis : Rapport de la Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales*. Ottawa : Information Canada, 1972.  
 Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *Le droit pénal dans la société canadienne*. Ottawa : Gouvernement du Canada, 1982.  
 Canada. Commission du droit du Canada. *Qu’est-ce qu’un crime? Des défis et des choix*. Ottawa : La Commission, 2003.  
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 14 avril 1980, p. 5.  
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 4<sup>e</sup> sess., 24<sup>e</sup> lég., 7 juin 1961, p. 6194.



- Canada. Senate. Report of the Senate Special Committee on Illegal Drugs. *Cannabis: Our Position for a Canadian Public Policy*, vols. I and II. Ottawa: Library of Parliament, September 2002.
- Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd. ref. et augm. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Devlin, Patrick. *The Enforcement of Morals*. London: Oxford University Press, 1965.
- Dworkin, Gerald, ed. *Mill's On Liberty: Critical Essays*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 1997.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1, *Harm to Others*, and vol. 4, *Harmless Wrongdoing*. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
- Hall, Wayne, Louise Degenhardt and Michael Lynskey. *National Drug Strategy: The health and psychological effects of cannabis use*, 2nd ed. Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre. Canberra: Commonwealth of Australia, 2001.
- Hall, Wayne, Nadia Solowij and Jim Lemon. *National Drug Strategy: The health and psychological consequences of cannabis use*. Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre for the National Task Force on Cannabis. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1994.
- Harcourt, Bernard E. "The Collapse of the Harm Principle" (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109.
- Hart, H. L. A. "Immorality and Treason", originally appearing in *The Listener*, July 30, 1959, pp. 162-63, reprinted in *Morality and the Law*. Belmont, Calif.: Wadsworth Publishing Co., 1971.
- Hart, H. L. A. "Punishment and the Elimination of Responsibility". In *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002.
- Lauzon, Benoit. *Les champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
- MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Chantal Proulx. *Drug Offences in Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated December 2002).
- Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
- Canada. Santé Canada. Information : Projet de loi sur la réforme concernant le cannabis, mai 2003.
- Canada. Sénat. Rapport du Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites. *Le Cannabis : Positions pour un régime de politique publique pour le Canada*, vol. I et II. Ottawa : Bibliothèque du Parlement, septembre 2002.
- Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd. ref. et augm. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
- Devlin, Patrick. *The Enforcement of Morals*. London : Oxford University Press, 1965.
- Dworkin, Gerald, ed. *Mill's On Liberty : Critical Essays*. Lanham, Maryland : Rowman & Littlefield, 1997.
- Feinberg, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1, *Harm to Others*, and vol. 4, *Harmless Wrongdoing*. Oxford : Oxford University Press, 1984.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston : Little, Brown, 1978.
- Hall, Wayne, Louise Degenhardt and Michael Lynskey. *National Drug Strategy : The health and psychological effects of cannabis use*, 2nd ed. Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre. Canberra : Commonwealth of Australia, 2001.
- Hall, Wayne, Nadia Solowij and Jim Lemon. *National Drug Strategy : The health and psychological consequences of cannabis use*. Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre for the National Task Force on Cannabis. Canberra : Australian Government Publishing Service, 1994.
- Harcourt, Bernard E. «The Collapse of the Harm Principle » (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109.
- Hart, H. L. A. « Immorality and Treason », originally appearing in *The Listener*, July 30, 1959, pp. 162-63, reprinted in *Morality and the Law*. Belmont, Calif. : Wadsworth Publishing Co., 1971.
- Hart, H. L. A. « Punishment and the Elimination of Responsibility ». In *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*. Oxford : Clarendon Press, 1968.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2002.
- Lauzon, Benoit. *Les champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
- MacFarlane, Bruce A., Robert J. Frater and Chantal Proulx. *Drug Offences in Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated December 2002).

- Murphy, Emily F. *The Black Candle*. Toronto: Thomas Allen, 1922.
- Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1968.
- Ramraj, Victor V. "Freedom of the Person and the Principles of Criminal Fault" (2002), 18 *S. Afr. J. Hum. Rts.* 225.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2000.
- Ruby, Clayton C., and Dianne L. Martin. *Criminal Sentencing Digest*. Toronto: Butterworths, 1993 (loose-leaf updated May 2003, Issue 39).
- Scheid, Don E. "Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments" (1997), 10 *Can. J.L. & Juris.* 441.
- Simester, A. P., and G. R. Sullivan. *Criminal Law: Theory and Doctrine*. Oxford: Hart, 2000.
- Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law: Cases and Materials*, 7th ed. London: Butterworths, 1999.
- Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. II. London: Macmillan, 1883.
- Stephen, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. Edited by R. J. White. London: Cambridge University Press, 1967.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
- "Symposium: The Moral Limits of the Criminal Law" (2001), 5 *Buff. Crim. L. Rev.* 1-319.
- von Hirsch, Andrew. "Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation". In A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., *Harm and Culpability*. Oxford: Clarendon Press, 1996, 259.
- von Hirsch, Andrew, and Nils Jareborg. "Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis" (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 1.
- Wolfenden, John, et al. *The Wolfenden Report*. Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution. New York: Stein and Day, 1963.
- World Health Organization. Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse. *Cannabis: a health perspective and research agenda*. The Organization, 1997.
- Mill, John Stuart. *De la liberté*. Traduction de L. Lenglet. Paris : Gallimard, 1990.
- Murphy, Emily F. *The Black Candle*. Toronto : Thomas Allen, 1922.
- Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, Calif. : Stanford University Press, 1968.
- Ramraj, Victor V. « Freedom of the Person and the Principles of Criminal Fault » (2002), 18 *S. Afr. J. Hum. Rts.* 225.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2000.
- Ruby, Clayton C., and Dianne L. Martin. *Criminal Sentencing Digest*. Toronto : Butterworths, 1993 (loose-leaf updated May 2003, Issue 39).
- Scheid, Don E. « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments » (1997), 10 *Can. J.L. & Juris.* 441.
- Simester, A. P., and G. R. Sullivan. *Criminal Law : Theory and Doctrine*. Oxford : Hart, 2000.
- Smith, John Cyril, and Brian Hogan. *Criminal Law : Cases and Materials*, 7th ed. London : Butterworths, 1999.
- Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. II. London : Macmillan, 1883.
- Stephen, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. Edited by R. J. White. London : Cambridge University Press, 1967.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
- « Symposium : The Moral Limits of the Criminal Law » (2001), 5 *Buff. Crim. L. Rev.* 1-319.
- von Hirsch, Andrew. « Extending the Harm Principle : "Remote" Harms and Fair Imputation ». In A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., *Harm and Culpability*. Oxford : Clarendon Press, 1996, 259.
- von Hirsch, Andrew, and Nils Jareborg. « Gauging Criminal Harm : A Living-Standard Analysis » (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 1.
- Wolfenden, John, et al. *The Wolfenden Report*. Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution. New York : Stein and Day, 1963.
- World Health Organization. Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse. *Cannabis : a health perspective and research agenda*. The Organization, 1997.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 138 B.C.A.C. 218, 226 W.A.C. 218, 145 C.C.C. (3d) 225, 34 C.R. (5th) 91, 74 C.R.R. (2d) 189, [2000] B.C.J. No. 1095 (QL), 2000 BCCA 335, affirming the decision of the British Columbia Supreme Court in *R. v.*

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 138 B.C.A.C. 218, 226 W.A.C. 218, 145 C.C.C. (3d) 225, 34 C.R. (5th) 91, 74 C.R.R. (2d) 189, [2000] B.C.J. No. 1095 (QL), 2000 BCCA 335, qui a confirmé la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique

*Malmo-Levine* (1998), 54 C.R.R. (2d) 291, [1998] B.C.J. No. 1025 (QL), and the decision of the Provincial Court in *R. v. Caine*, [1998] B.C.J. No. 885 (QL). Appeal in *Malmo-Levine* dismissed. Appeal in *Caine* dismissed, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

*David Malmo-Levine*, on his own behalf.

*John W. Conroy, Q.C.*, for the appellant *Caine*.

*S. David Frankel, Q.C., Kevin Wilson and W. Paul Riley*, for the respondent.

*Milan Rupic*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

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

*Andrew K. Lokan and Andrew C. Lewis*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

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

GONTHIER AND BINNIE JJ. — In these appeals, the Court is required to consider whether Parliament has the legislative authority to criminalize simple possession of marihuana and, if so, whether that power has been exercised in a manner that is contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant *Caine* argues in particular that it is a violation of the principles of fundamental justice for Parliament to provide for a term of imprisonment as a sentence for conduct which he says results in little or no harm to other people. The appellant *Malmo-Levine* puts in issue the constitutional validity of the prohibition against possession for the purpose of trafficking in marihuana.

The British Columbia Court of Appeal rejected the appellants' challenges to the relevant provisions of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 ("NCA"), and, in our view, it was right to do so. Upholding as we do the constitutional validity of the simple possession offence, it follows, for the same reasons, that *Malmo-Levine's* challenge to the

dans *R. c. Malmo-Levine* (1998), 54 C.R.R. (2d) 291, [1998] B.C.J. No. 1025 (QL), et la décision de la Cour provinciale dans *R. c. Caine*, [1998] B.C.J. No. 885 (QL). Pourvoi rejeté dans *Malmo-Levine*. Pourvoi rejeté dans *Caine*, les juges Arbour, LeBel et Deschamps sont dissidents.

*David Malmo-Levine*, en personne.

*John W. Conroy, c.r.*, pour l'appelant *Caine*.

*S. David Frankel, c.r., Kevin Wilson et W. Paul Riley*, pour l'intimée.

*Milan Rupic*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

*Andrew K. Lokan et Andrew C. Lewis*, pour l'intervenante, l'Association canadienne des libertés civiles.

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

LES JUGES GONTHIER ET BINNIE — Dans les présents pourvois, notre Cour est appelée à décider si le Parlement a le pouvoir de légiférer pour criminaliser la simple possession de marihuana et, dans l'affirmative, s'il a exercé ce pouvoir d'une manière contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant *Caine* soutient en particulier que le Parlement a violé les principes de justice fondamentale en créant une peine d'emprisonnement pour un acte qui ne cause que peu ou pas de préjudice à autrui. L'appelant *Malmo-Levine* conteste la question de la validité constitutionnelle de l'interdiction visant la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté la contestation par les appelants des dispositions pertinentes de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 (la « Loi ») et, à notre avis, elle a eu raison de le faire. Comme nous confirmons la constitutionnalité de l'infraction de simple possession de marihuana, les prétentions de M. *Malmo-Levine*

prohibition against possession for the purpose of trafficking must also be rejected.

3

All sides agree that marihuana is a psychoactive drug which “causes alteration of mental function”. That, indeed, is the purpose for which the appellants use it. Certain groups in society share a particular vulnerability to its effects. While members of these groups, whose identity cannot in general be distinguished from other users in advance, are relatively small as a percentage of all marihuana users, their numbers are significant in absolute terms. The trial judge estimated “chronic users” to number about 50,000. A recent Senate Special Committee report estimated users under 16 (which may overlap to some extent with the chronic user group) also at 50,000 individuals (*Cannabis: Our Position for a Canadian Public Policy* (2002) (the “Senate Committee Report”), vol. I, at pp. 165-66). Pregnant women and schizophrenics are also said to be at particular risk. Advancing the protection of these vulnerable individuals, in our opinion, is a policy choice that falls within the broad legislative scope conferred on Parliament.

4

A conviction for the possession of marihuana for personal use carries no mandatory minimum sentence. In practice, most first offenders are given a conditional discharge. Imprisonment is generally reserved for situations that also involve trafficking or hard drugs. Except in very exceptional circumstances, imprisonment for simple possession of marihuana would constitute a demonstrably unfit sentence and, if imposed, would rightly be set aside on appeal. Availability of imprisonment in a statute that deals with a wide variety of drugs from opium and heroin to crack and cocaine is not unconstitutional, and its rare imposition for marihuana offences (as a scheduled drug) can and should be dealt with under ordinary sentencing principles. A fit sentence, by definition, complies with s. 7 of the

relatives à l’interdiction visant la possession de cette substance en vue d’en faire le trafic doivent elles aussi être rejetées pour les mêmes motifs.

Toutes les parties s’accordent pour dire que la marihuana est une drogue psychoactive qui [TRADUCTION] « agit sur les fonctions mentales ». C’est d’ailleurs pour cela que les appelants en consomment. Certains groupes de la société sont particulièrement vulnérables aux effets de la marihuana. Bien que les membres de ces groupes ne puissent généralement pas être distingués à l’avance des autres consommateurs et représentent un pourcentage relativement minime de l’ensemble des consommateurs de marihuana, leur nombre est toutefois non négligeable en chiffres absolus. Le juge du procès a évalué à environ 50 000 le nombre de [TRADUCTION] « consommateurs chroniques ». Dans un rapport publié récemment, le Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites a estimé à 50 000 le nombre de consommateurs âgés de moins de 16 ans (dont certains peuvent aussi être des consommateurs chroniques) (*Le Cannabis : Positions pour un régime de politique publique pour le Canada* (2002) (le « Rapport du Comité sénatorial »), vol. I, p. 176-177). Les femmes enceintes et les schizophrènes seraient également particulièrement à risque. Selon nous, favoriser la protection de ces personnes vulnérables est une décision de politique générale qui relève du large pouvoir de légiférer dont dispose le Parlement.

La possession de marihuana pour consommation personnelle n’entraîne aucune peine minimale obligatoire en cas de déclaration de culpabilité. Dans la plupart des cas, une première infraction donne en pratique lieu à une absolution sous condition. En général, il n’y a emprisonnement que si le délinquant s’adonne aussi au trafic ou consomme des drogues dures. Sauf dans de très rares circonstances, une peine d’emprisonnement pour simple possession de marihuana est de toute évidence injuste et, si elle est infligée, elle sera à juste titre annulée en appel. La possibilité d’emprisonnement que prévoit une loi visant une grande variété de stupéfiants, allant de l’opium à la cocaïne en passant par le crack et l’héroïne, n’est pas une mesure inconstitutionnelle, et dans les rares cas où une telle peine est infligée pour

*Charter*. The mere fact of the *availability* of imprisonment in a statute dealing with a variety of prohibited drugs does not, in our view, make the criminalization of possession of a psychoactive drug like marihuana contrary to the principles of fundamental justice.

The appellants have assembled much evidence and argument attacking the wisdom of the criminalization of simple possession of marihuana. They say that the line between criminal and non-criminal conduct has been drawn inappropriately and that the evil effects of the law against marihuana outweigh the benefits, if any, associated with its prohibition. These are matters of legitimate controversy, but the outcome of that debate is not for the courts to determine. The Constitution provides no more than a framework. Challenges to the wisdom of a legislative measure within that framework should be addressed to Parliament. Our concern is solely with the issue of constitutionality. We conclude that it is within Parliament's legislative jurisdiction to criminalize the possession of marihuana should it choose to do so. Equally, it is open to Parliament to decriminalize or otherwise modify any aspect of the marihuana laws that it no longer considers to be good public policy.

The appeals are therefore dismissed.

## I. Facts

### A. *Malmo-Levine*

The appellant describes himself as a "marihuana/freedom activist". Self-represented in these proceedings, his primary concern is with interference by the state in what he believes to be the personal autonomy of its citizens. He stated in his oral argument:

I'm part of a growing number of such activists, who view cannabis re-legalization as a key part of protecting

une infraction liée à la marihuana (drogue figurant à l'annexe), les principes habituels de détermination de la peine peuvent et doivent être appliqués. Une peine juste est par définition conforme à l'art. 7 de la *Charte*. Le seul fait qu'une loi portant sur diverses drogues prohibées prévoit la *possibilité* d'une peine d'emprisonnement n'a pas selon nous pour effet de rendre incompatible avec les principes de justice fondamentale la criminalisation de la possession d'une drogue psychoactive telle la marihuana.

Les appelants ont rassemblé de nombreux éléments de preuve et arguments contestant l'opportunité de la criminalisation de la simple possession de marihuana. Ils prétendent que le Parlement n'a pas distingué adéquatement les comportements criminels et non criminels et soutiennent que les effets néfastes de l'interdiction visant la marihuana l'emportent sur ses avantages, s'il en est. Il s'agit d'un débat légitime, mais qu'il n'appartient pas aux tribunaux de trancher. La Constitution ne fait qu'établir un cadre. Les attaques contre l'opportunité d'une mesure législative eu égard à ce cadre doivent être adressées au Parlement. Nous nous attachons seulement à la constitutionnalité de la mesure. Nous arrivons à la conclusion que le Parlement a le pouvoir de légiférer pour criminaliser la possession de marihuana s'il juge opportun de le faire. De même, il lui est loisible de décriminaliser ou de modifier de quelque autre façon tout aspect des dispositions régissant la marihuana, s'il ne considère plus que les mesures en question constituent une bonne politique d'intérêt général.

Les pourvois sont en conséquence rejetés.

## I. Les faits

### A. *Malmo-Levine*

L'appelant se décrit lui-même comme un [TRADUCTION] « défenseur de la liberté et de la consommation de la marihuana ». Se représentant lui-même, il dénonce principalement l'ingérence de l'État dans ce qu'il estime être une facette de l'autonomie personnelle des citoyens. Voici un extrait de sa plaidoirie :

[TRADUCTION] Je fais partie de ces activistes de plus en plus nombreux qui considèrent que la rélegalisation du

5

6

7

human rights and our Mother Earth, while, at the same time, helping to end [the] war on poverty.

As you can see, I'm not a lawyer. I am, however, a cannabis user and a researcher, and I would like very much to be a cannabis retailer and perhaps grow a few plants.

8 Malmo-Levine does not deny that marihuana use can have harmful effects. On the contrary, since October 1996, he has helped operate an organization in East Vancouver known as the "Harm Reduction Club", a co-operative, non-profit association which recognizes some potential harm associated with the use of marihuana and seeks to reduce it. The stated object of the Club is to educate its users and the general public about marihuana and provide unadulterated marihuana at cost. It provides instruction about safe smoking habits "to minimize any harm from the use of marihuana", and requires its members to pledge not to operate motor vehicles or heavy equipment while under its influence.

9 On December 4, 1996, police entered the premises of the Harm Reduction Club and seized 316 grams of marihuana, much of it in the form of "joints". The appellant was charged with possession of cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking. At trial, he sought to call evidence in support of a constitutional challenge but the trial judge refused to admit the evidence. On appeal, the majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, Prowse J.A. dissenting.

#### B. *Caine*

10 On June 13, 1993, two RCMP officers on regular patrol observed the appellant and a male passenger sitting in a van by the ocean at White Rock, B.C. As the officers approached, the appellant, who was seated in the driver's seat, started the engine and began to back up. As one of the officers came alongside the van, he smelled a strong odour of recently smoked marihuana. The appellant Caine produced for the officer a partially smoked cigarette

cannabis est un élément clé de la protection des droits de la personne et de notre mère la Terre, qui aide en même temps à la lutte contre la pauvreté.

Comme vous pouvez le constater, je ne suis pas avocat. Je suis cependant un consommateur de cannabis et un chercheur, et j'aimerais beaucoup devenir détaillant de cannabis et peut-être en faire pousser quelques plants.

M. Malmo-Levine ne nie pas que l'usage de la marihuana peut avoir des effets néfastes. Au contraire, il participe depuis octobre 1996 à l'exploitation d'une association coopérative sans but lucratif située dans East Vancouver et connue sous le nom de « Harm Reduction Club », qui reconnaît l'existence de certains risques associés à l'usage de la marihuana et cherche à les réduire. L'objectif déclaré du club est d'informer ses membres et le public en général sur la marihuana et de fournir de la marihuana non adultérée au prix coûtant. Le club enseigne des moyens sûrs de fumer de la marihuana [TRADUCTION] « en vue de réduire au minimum tout préjudice découlant de la consommation de marihuana » et il exige que ses membres s'engagent à ne pas conduire un véhicule à moteur ou faire fonctionner de la machinerie lourde lorsqu'ils sont sous l'effet de cette substance.

Le 4 décembre 1996, la police a visité les locaux du Harm Reduction Club et saisi 316 grammes de marihuana, essentiellement sous forme de « joints ». L'appelant a été accusé de possession de marihuana en vue d'en faire le trafic. Au procès, il a voulu présenter certains éléments de preuve au soutien de son argument d'inconstitutionnalité, mais le juge du procès a refusé d'admettre ces éléments. En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel (la juge Prowse étant dissidente) ont débouté l'appelant.

#### B. *Caine*

Le 13 juin 1993, à White Rock en Colombie-Britannique, lors d'une patrouille de routine, deux agents de la GRC ont vu l'appelant et un passager dans une fourgonnette stationnée à proximité de l'océan. Lorsqu'ils se sont approchés, l'appelant, qui était au volant, a mis le contact et commencé à faire marche arrière. Longeant le véhicule, l'un des policiers a senti une forte odeur de marihuana récemment fumée. L'appelant Caine a remis au

of marihuana that weighed 0.5 gram. He possessed the marihuana cigarette for his own use and not for any other purpose.

The appellant Caine's application for a declaration that the provisions of the NCA prohibiting the possession of marihuana were unconstitutional was denied at trial. The appeal was also dismissed, Prowse J.A. dissenting.

## II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 (repealed S.C. 1996, c. 19, s. 94, effective May 14, 1997 (SI/97-47))

Section 2 of the NCA defines "marihuana" as *Cannabis sativa* L. and a "narcotic" as "any substance included in the schedule or anything that contains any substance included in the schedule". Marihuana became a scheduled drug when *The Opium and Narcotic Drug Act, 1923*, S.C. 1923, c. 22 (the predecessor to the NCA) was enacted by Parliament. The relevant provisions of the NCA, impugned insofar as they relate to the simple possession and use of marihuana, state:

3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.

(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence and liable

(a) on summary conviction for a first offence, to a fine not exceeding one thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both and, for a subsequent offence, to a fine not exceeding two thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year or to both; or

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding seven years.

### SCHEDULE

3. *Cannabis sativa*, its preparations, derivatives and similar synthetic preparations, including:

policier une cigarette de marihuana partiellement grillée pesant 0,5 gramme. Il l'avait en sa possession pour consommation personnelle et rien d'autre.

Au procès, la juge a rejeté la demande de l'appelant Caine qui sollicitait un jugement déclarant inconstitutionnelles les dispositions de la Loi interdisant la possession de marihuana. Il a également été débouté en appel, la juge Prowse étant dissidente.

## II. Les dispositions législatives et constitutionnelles applicables

*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 (abrogée par L.C. 1996, ch. 19, art. 94, en vigueur le 14 mai 1997 (TR/97-47))

Aux termes de l'art. 2 de la Loi, « marihuana » s'entend du *Cannabis sativa* L. et « stupéfiant » de toute « [s]ubstance énumérée à l'annexe, ou toute préparation en contenant ». La marihuana est devenue une drogue inscrite à l'annexe lorsque la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1923*, S.C. 1923, ch. 22 (remplacée par la Loi) a été édictée par le Parlement. Voici le texte des dispositions pertinentes de la Loi qui sont contestées, dans la mesure où elles portent sur la simple possession de la marihuana :

3. (1) Sauf exception prévue par la présente loi ou ses règlements, il est interdit d'avoir un stupéfiant en sa possession.

(2) Quiconque enfreint le paragraphe (1) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :

a) par procédure sommaire, pour une première infraction, une amende maximale de mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines, et, en cas de récidive, une amende maximale de deux mille dollars et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines;

b) par mise en accusation, un emprisonnement maximal de sept ans.

### ANNEXE

3. Chanvre indien (*Cannabis sativa*), ses préparations, dérivés et préparations synthétiques semblables, notamment :

11

12

- (1) Cannabis resin,
- (2) Cannabis (marihuana),
- (3) Cannabidiol,
- (4) Cannabinol (3-n-amy-6,6,9-trimethyl-6-dibenzopyran-1-ol),
- (4.1) Nabilone ((±)-trans-3 (1,1-diméthylheptyl)-6, 6a, 7, 8, 10, 10a-hexahydro-1-hydroxy-6,6-diméthyl-9H-dibenzo[b,d]pyran-9-one),
- (5) Pyrahexyl (3-n-hexyl-6,6,9-triméthyl-7,8,9,10-tetrahydro-6-dibenzopyran-1-ol), and
- (6) Tetrahydrocannabinol,

but not including:

- (7) non-viable Cannabis seed.

#### *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.

#### *Constitution Act, 1867*

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

### III. Judicial History

#### A. *Trial Court*

1. Malmo-Levine (1998), 54 C.R.R. (2d) 291 (B.C.S.C.)

Curtis J., after a lengthy *voir dire*, refused to hear evidence tendered to show the offence of possession

- (1) Résine de cannabis,
- (2) Cannabis (marihuana),
- (3) Cannabidiol,
- (4) Cannabinol (n-amy-3 triméthyl-6,6,9 dibenzo-6 pyran-1-ol),
- (4.1) Nabilone ((±)-trans-(diméthylheptyl-1,1)-3 hexahydro-6, 6a, 7, 8, 10, 10a hydroxy-1 diméthyl-6, 6 9H-dibenzo [b,d] pyrannone-9),
- (5) Pyrahexyl (n-hexyl-3 triméthyl-6,6,9 tétrahydro-7,8,9,10 dibenzo-6 pyran-1-ol),
- (6) Tétrahydrocannabinol,

mais non compris :

- (7) Graine de cannabis stérile.

#### *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.

#### *Loi constitutionnelle de 1867*

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

#### A. *Tribunal de première instance*

1. Malmo-Levine (1998), 54 C.R.R. (2d) 291 (C.S.C.-B.)

Au terme d'un long *voir-dire*, le juge Curtis a refusé d'entendre la preuve tendant à établir



of marihuana for the purpose of trafficking to be unconstitutional. He found that the proposed evidence was not relevant to his analysis under s. 7 of the *Charter*.

In his view, the freedom to use marihuana is not a matter of fundamental, personal importance, and such use is therefore not protected by s. 7 of the *Charter*. “There being no right to use marijuana created by the right to life, liberty and security of the person, the question of the principles of fundamental justice need not be considered” (p. 295). Malmö-Levine was subsequently convicted under s. 4(2) of the NCA for possession of marihuana for the purpose of trafficking.

2. Caine, [1998] B.C.J. No. 885 (QL) (Prov. Ct.)

Howard Prov. Ct. J. heard extensive evidence about the alleged harm caused by marihuana. We will address her careful findings of fact in this regard later in these reasons. In the end, she held that she was bound by the decision in *Malmö-Levine* that the NCA did not infringe s. 7. Caine was therefore convicted under s. 3 of the NCA for simple possession.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 138 B.C.A.C. 218, 2000 BCCA 335

1. Braidwood J.A.

Braidwood J.A., Rowles J.A. concurring, concluded that the “harm principle” was a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7. “[The harm principle] is a legal principle and it is concise. Moreover, there is a consensus among reasonable people that it is vital to our system of justice. Indeed, I think that it is common sense that you don’t go to jail unless there is a potential that your activities will cause harm to others” (para. 134).

l’inconstitutionnalité de l’infraction de possession de marihuana en vue d’en faire le trafic. Il a estimé qu’elle n’était pas pertinente pour son analyse fondée sur l’art. 7 de la *Charte*.

De l’avis du juge Curtis, la liberté de consommer de la marihuana ne revêt pas une importance personnelle fondamentale et elle n’est en conséquence pas garantie par l’art. 7 de la *Charte* : [TRADUCTION] « Comme le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ne crée aucun droit de consommer de la marihuana, il n’y a pas lieu d’examiner la question des principes de justice fondamentale » (p. 295). M. Malmö-Levine a par la suite été déclaré coupable de l’infraction de possession de marihuana en vue d’en faire le trafic prévue au par. 4(2) de la Loi.

2. Caine, [1998] B.C.J. No. 885 (QL) (C.P.)

Une preuve abondante du préjudice que causerait la marihuana a été présentée à la juge Howard de la Cour provinciale. Nous nous pencherons plus loin sur les conclusions de fait soignées qu’elle a tirées de cette preuve. En définitive, la juge a statué qu’elle était liée par la décision rendue dans l’affaire *Malmö-Levine* selon laquelle la Loi ne porte pas atteinte à l’art. 7. M. Caine a donc été reconnu coupable de l’infraction de simple possession prévue par l’art. 3 de la Loi.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2000), 138 B.C.A.C. 218, 2000 BCCA 335

1. Le juge Braidwood

Le juge Braidwood, avec l’appui de la juge Rowles, a conclu que le [TRADUCTION] « principe du préjudice » était un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 : [TRADUCTION] « [Le principe du préjudice] est un principe juridique concis. De plus, les gens raisonnables s’accordent généralement pour dire qu’il a un caractère vital pour notre système de justice. D’ailleurs, il est logique qu’on ne vous envoie pas en prison, à moins que vos actes ne soient susceptibles de causer préjudice à autrui » (par. 134).

14

15

16

17 In the result, however, he judged that the deprivation of the appellants' liberty caused by the penal provisions of the NCA was in accordance with the harm principle, and did not violate s. 7: "It is for Parliament to determine what level of risk is acceptable and what level of risk requires action. The *Charter* only demands . . . a 'reasoned apprehension of harm' that is not [in]significant or trivial. The appellants have not convinced me that such harm is absent in this case" (para. 158). He therefore dismissed the appeals.

## 2. Prowse J.A. (dissenting)

18 Prowse J.A. disagreed that the threshold of harm justifying parliamentary intervention is harm that is "not insignificant or trivial". In her view, harm must be "serious" and "substantial" to survive a *Charter* challenge. She concluded that s. 3(1) of the NCA breached the appellants' s. 7 *Charter* rights in a manner inconsistent with a principle of fundamental justice. She would have adjourned the proceedings to permit counsel to make further submissions with respect to the justification of the breach under s. 1 of the *Charter*.

## IV. Constitutional Questions

19 On October 19, 2001, the Chief Justice stated the following constitutional questions in the case of *R. v. Caine*:

1. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

En fin de compte, cependant, il a jugé que la privation de liberté causée aux appelants par l'application des dispositions pénales de la Loi respectait le principe du préjudice et ne portait pas atteinte à l'art. 7 : [TRADUCTION] « Il appartient au Parlement de déterminer le niveau de risque qui est acceptable et celui qui exige son intervention. La *Charte* requiert seulement [. . .] une "crainte raisonnée de préjudice" qui ne soit ni [in]signifiante ni négligeable. Les appelants ne m'ont pas convaincu de l'absence d'un tel préjudice en l'espèce » (par. 158). Il a en conséquence rejeté les appels.

## 2. La juge Prowse (dissidente)

La juge Prowse a exprimé son désaccord avec la conclusion que le critère du préjudice justifiant l'intervention du Parlement est celui d'un préjudice qui n'est [TRADUCTION] « ni insignifiant ni négligeable ». Selon elle, le préjudice doit être [TRADUCTION] « grave » et « important » pour qu'une disposition résiste à une contestation fondée sur la *Charte*. Elle a conclu que le par. 3(1) de la Loi portait atteinte, d'une manière incompatible avec un principe de justice fondamentale, aux droits garantis aux appelants par l'art. 7 de la *Charte*. Elle aurait ajourné l'audience pour permettre aux avocats de présenter des observations supplémentaires relativement à la justification de l'atteinte au regard de l'article premier de la *Charte*.

## IV. Les questions constitutionnelles

Le 19 octobre 2001, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes dans le pourvoi *R. c. Caine* :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

3. Is the prohibition on the possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?

In the *Malmo-Levine* appeal, additional constitutional questions were stated putting in issue the validity of the prohibition against possession for the purpose of trafficking in marihuana in light of s. 7 (fundamental justice) and s. 15 (equality rights) of the *Charter*.

#### V. Analysis

The controversy over the criminalization of the use of marihuana has raged in Canada for at least 30 years. In 1972, the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs (the “Le Dain Commission”), in its preliminary report entitled *Cannabis*, recommended that the prohibition against its use be removed from the *criminal law*. In 1974, the federal government introduced Bill S-19, which would have removed penal sanctions for possession of marihuana for a first offence and substituted a monetary fine in its place. The Bill, however, died on the Order Paper. At the beginning of the 32nd Parliament in 1980, the Throne Speech proclaimed:

It is time . . . to move cannabis offences to the Food and Drugs Act and remove the possibility of imprisonment for simple possession.

(*House of Commons Debates*, vol. I, 1st Sess., 32nd Parl., April 14, 1980, at p. 5)

The trial judge in *Caine* estimated that over 600,000 Canadians now have criminal records for cannabis-related offences, and that widespread use despite the criminal prohibition encourages

3. Est-ce que l’interdiction d’avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l’art. 3 de l’annexe de cette loi (maintenant l’art. 1 de l’annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), — relève de la compétence législative du Parlement du Canada en tant que règle de droit édictée soit en vertu de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour assurer la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada, soit en vertu du pouvoir de légiférer sur le droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit en vertu d’un autre pouvoir?

Dans le pourvoi *Malmo-Levine*, la Cour a formulé d’autres questions constitutionnelles mettant en cause la validité de l’interdiction visant la possession de marihuana en vue d’en faire le trafic au regard des art. 7 (justice fondamentale) et 15 (droits à l’égalité) de la *Charte*.

#### V. L’analyse

La controverse entourant la criminalisation de la consommation de marihuana fait rage au Canada depuis au moins 30 ans. En 1972, la Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales (la « Commission Le Dain »), dans son rapport provisoire intitulé *Le cannabis*, a recommandé que l’interdiction ne relève plus du droit *criminel*. En 1974, le gouvernement fédéral a présenté le projet de loi S-19, qui prévoyait, dans le cas d’une première infraction, la suppression des sanctions pénales et leur remplacement par une amende. Le projet de loi est cependant mort au Feuilleton. Au début de la 32<sup>e</sup> législature, en 1980, le gouvernement a déclaré ceci dans le discours du Trône :

. . . le temps est aussi venu de faire relever de la Loi des aliments et drogues les infractions relatives au cannabis et de supprimer la peine d’emprisonnement dont est punissable la simple possession de cette drogue.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 14 avril 1980, p. 5)

Dans l’affaire *Caine*, le juge du procès a estimé que plus de 600 000 Canadiens ont un casier judiciaire pour des infractions liées au cannabis et que l’usage largement répandu de cette substance,

20

21

22

disrespect for the law. At the time of the hearing of the appeal in this Court, the government announced its intention of introducing a bill to eliminate the availability of imprisonment for simple possession. Bill C-38, as introduced, states that possession of amounts less than 15 grams of marihuana will render an individual “guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to a fine” (s. 4(5.1)). Furthermore, the offence would be designated as a contravention, pursuant to the *Contraventions Act*, S.C. 1992, c. 47, with the effect that an individual convicted for such possession would not receive a criminal record.

malgré l’interdiction pénale, incite au non-respect de la loi. Au moment de l’audition du pourvoi par notre Cour, le gouvernement a annoncé son intention de déposer un projet de loi éliminant l’emprisonnement comme peine applicable pour la simple possession. Le projet de loi C-38 précise que la possession de moins de 15 grammes de marihuana rend « passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, de l’amende maximale prévue » (par. 4(5.1)). En outre, l’infraction deviendrait une contravention, au sens de la *Loi sur les contraventions*, L.C. 1992, ch. 47, avec pour effet d’éviter à une personne déclarée coupable de telle possession d’avoir un casier judiciaire.

23 These reports and legislative initiatives were directed to crafting what was thought to be the best legislative response to the marihuana controversy. Whether the Bill should proceed, and if so in what form, is a matter of legislative policy for Parliament to decide. The question before us is purely a matter of law. Is the prohibition, including the availability of imprisonment for simple possession, beyond the powers of Parliament, either because it does not properly fall within Parliament’s legislative competence, or because the prohibition, and in particular the availability of imprisonment, violate the *Charter’s* guarantees of rights and freedoms?

Les rapports et les mesures législatives susmentionnés visaient à façonner ce que l’on croyait être la meilleure solution législative pour mettre fin à la controverse sur la marihuana. La question de savoir si le projet de loi mentionné précédemment doit continuer à suivre la filière législative et, dans l’affirmative, sous quelle forme, est une question de politique législative qu’il appartient au Parlement de prendre. La question que nous sommes appelés à trancher est une pure question de droit. L’interdiction, y compris la possibilité d’emprisonnement qu’entraîne l’infraction de simple possession, excède-t-elle les pouvoirs du Parlement, soit parce qu’elle déborde sa compétence législative, soit parce que l’interdiction et plus particulièrement la peine d’emprisonnement dont elle est assortie portent atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte*?

24 The legal issues arising on these appeals can be grouped under the following headings:

Les questions de droit que soulèvent les pourvois peuvent être regroupées sous les rubriques suivantes :

- A. Exclusion of Constitutional Fact Evidence at the Trial of Malmo-Levine
- B. *The Narcotic Control Act*
- C. Evidence of Harm
- D. Division of Powers
- E. Section 7 of the *Charter*
- F. Section 15 of the *Charter*

- A. L’exclusion de la preuve des faits constitutionnels au procès de M. Malmo-Levine
- B. *La Loi sur les stupéfiants*
- C. La preuve du préjudice
- D. Le partage des compétences
- E. L’article 7 de la *Charte*
- F. L’article 15 de la *Charte*

We turn, then, to the first issue.

A. *Exclusion of Constitutional Fact Evidence at the Trial of Malmo-Levine*

Curtis J. refused to admit expert evidence of legislative and constitutional facts relevant to the *Charter* challenge on the basis that, even if Malmo-Levine succeeded in establishing what he set out to establish, it would make no difference to the legal result. In the trial judge's view, "[t]here is no legal basis for hearing evidence in support of the defence challenge to the constitutionality of the marijuana laws; it is simply not relevant" (p. 296).

In our view, the evidence which Malmo-Levine wished to adduce, which was essentially the same as the evidence tendered in *Caine*, was relevant to his *Charter* challenge. His argument was clearly not frivolous. A trial judge is not required to listen to pointless, irrelevant or repetitive evidence that does not advance the work of the court, but here the proffered evidence was none of those things. Malmo-Levine was prepared to deal with serious matters in a serious way. Had the Crown been prepared to accept his evidentiary points, an admission by Crown counsel or an agreed Statement of Facts could have been filed to make unnecessary the hearing of *viva voce* evidence. In the absence of any such Crown admissions, we agree with the British Columbia Court of Appeal that in the circumstances of this case the trial judge erred in excluding this "legislative fact" evidence. In the *Caine* case, the trial judge took judicial notice of certain government reports and documents, and proceeded to hear *viva voce* expert evidence on the more debatable aspects of the marijuana controversy. This was the correct procedure.

While the courts apply the requirements of judicial notice less stringently to the admission of

Nous allons maintenant examiner la première question.

A. *L'exclusion de la preuve des faits constitutionnels au procès de M. Malmo-Levine*

Le juge Curtis a refusé d'admettre la preuve d'expert concernant les faits législatifs et constitutionnels que voulait présenter M. Malmo-Levine à l'égard de sa contestation fondée sur la *Charte* au motif que, même si ce dernier réussissait à prouver ce qu'il voulait établir, le résultat demeurerait le même sur le plan juridique. De l'avis du juge du procès, [TRADUCTION] « [i]l n'existe aucun fondement juridique justifiant d'autoriser la présentation des éléments de preuve invoqués à l'appui de la contestation par le défendeur de la constitutionnalité des dispositions sur la marijuana. Cette preuve n'est tout simplement pas pertinente » (p. 296).

Selon nous, la preuve que M. Malmo-Levine souhaitait présenter — et qui était essentiellement la même que celle produite dans *Caine* — était pertinente dans le cadre de sa contestation fondée sur la *Charte*. Sa prétention n'était manifestement pas frivole. Le juge qui préside un procès n'est pas obligé d'entendre une preuve inutile, non pertinente ou redondante qui ne fait pas progresser l'instance. Mais, en l'espèce, la preuve offerte n'était pas de cette nature. M. Malmo-Levine était prêt à débattre sérieusement de questions importantes. Si le ministère public avait été disposé à concéder les points que M. Malmo-Levine désirait prouver, une admission de son avocat ou un exposé conjoint des faits aurait pu être déposé afin de remplacer l'audition de témoignages de vive voix à cet égard. En l'absence de telles mesures, nous estimons, à l'instar de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, que le juge du procès a eu tort d'exclure cette preuve de « faits législatifs » dans les circonstances de l'espèce. Dans l'affaire *Caine*, la juge du procès a pris connaissance d'office de certains documents et rapports gouvernementaux et elle a entendu de vive voix des témoins experts sur les aspects plus litigieux de la controverse entourant la marijuana. C'était la bonne façon de faire.

Bien que les tribunaux appliquent les exigences relatives à la connaissance d'office moins

25

26

27

28

legislative fact than to adjudicative fact (*Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099), courts should nevertheless proceed cautiously to take judicial notice even as “legislative facts” of matters that are reasonably open to dispute, particularly where they relate to an issue that could be dispositive: *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *Public School Boards’ Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2. The evidence of harm, or the lack of it, was central to the argument raised by both Malmo-Levine and Caine. They regarded it as dispositive. Moreover, much of the evidence of “harm” was controversial, and needed to be tested by cross-examination.

29 Curtis J. was clearly unimpressed by what Malmo-Levine wished to establish. In some aspects, we have reached the same conclusion. However, with respect, the trial judge ought to have admitted the evidence despite his misgivings in the circumstances so as to permit Malmo-Levine to put forward a full record in the event of an appeal.

30 The complications that would otherwise have attended the hearing of the appeal however were obviated by the parties’ agreement to treat the *Caine* evidence of legislative fact as equally applicable to Malmo-Levine’s appeal. In the result, we agree with the Court of Appeal that the trial judge’s error did not, in those circumstances, prejudice Malmo-Levine.

## B. *The Narcotic Control Act*

### 1. History of the NCA

31 The NCA is structured as an omnibus measure covering all controlled drugs including heroin, crack cocaine and opium. The first such Act was passed by Parliament in 1908 in the form of *An Act to prohibit the importation, manufacture and sale of Opium*

strictement à l’égard des faits législatifs que des faits en litige (*Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1099), ils doivent néanmoins faire montre de prudence avant de prendre connaissance d’office, même en tant que « faits législatifs », de points raisonnablement discutables, particulièrement lorsque ceux-ci portent sur une question qui pourrait être décisive : *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *Public School Boards’ Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2. La preuve de l’existence ou de l’inexistence d’un préjudice était un aspect central de l’argumentation de MM. Malmo-Levine et Caine. Ces derniers considéraient cet aspect comme déterminant. En outre, une bonne partie de la preuve du « préjudice » ne faisait pas l’unanimité et son bien-fondé devait être mis à l’épreuve par contre-interrogatoire.

Le juge Curtis n’a manifestement pas été impressionné par ce que M. Malmo-Levine souhaitait établir. Nous sommes d’ailleurs arrivés à la même conclusion que lui sur certains points. Toutefois, avec égards pour l’opinion du juge Curtis, dans les circonstances, celui-ci aurait dû malgré ses réserves admettre cette preuve, afin de permettre à M. Malmo-Levine de constituer un dossier complet en prévision d’un éventuel appel.

Le fait que les parties aient convenu de considérer que la preuve relative aux faits législatifs présentée dans l’affaire *Caine* s’appliquait également dans l’appel de M. Malmo-Levine a toutefois permis d’éviter les complications auxquelles l’audition de l’appel aurait autrement donné lieu. En conséquence, nous souscrivons à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle, dans les circonstances, l’erreur du juge du procès n’a pas causé préjudice à M. Malmo-Levine.

## B. *La Loi sur les stupéfiants*

### 1. Historique de la Loi

Conçue comme une mesure omnibus, la Loi s’appliquait à toutes les drogues contrôlées, notamment l’héroïne, le crack et l’opium. En 1908, une première loi a été adoptée pour réglementer l’usage des stupéfiants à des fins non thérapeutiques : *Loi*

for other than medicinal purposes, S.C. 1908, c. 50, which aimed to control the use of narcotics for non-medicinal purposes. In 1911, this statute was replaced by *The Opium and Drug Act*, S.C. 1911, c. 17, which added prohibitions with regards to cocaine, morphine and eucaïne. In 1923, Parliament enacted a consolidated *Opium and Narcotic Drug Act, 1923*, S.C. 1923, c. 22, which added cannabis to the list of prohibited drugs. There was no discussion or debate in the house as to why this drug was added. In 1932, a number of important amendments were made in the *Act to amend The Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1932, c. 20, referring to both synthetic and natural drugs. By 1938, the Act prohibited over 15 scheduled drugs (S.C. 1938, c. 9) (see Senate Committee Report, vol. II, at pp. 256-58).

In 1954, the *Opium and Narcotic Drug Act* was amended, and the offence of possession was supplemented by a new offence: “possession . . . for the purpose of trafficking” (S.C. 1954, c. 38, s. 3). A reverse onus applied to this offence, meaning that those possessing large quantities of narcotics had to prove that they were *not* in possession for the purpose of trafficking (Senate Committee Report, vol. II, at p. 264). The Act contained much harsher penalties for trafficking than for possession, leading Braidwood J.A. to conclude that “Parliament’s primary purpose was to stamp out the drug traffic and punish the traffickers” (para. 81).

Less than a decade later, Parliament replaced the *Opium and Narcotic Drug Act* with the *Narcotic Control Act*, S.C. 1960-61, c. 35, which gave effect to Canada’s international commitments under the *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, Can. T.S. 1964 No. 30. When debating the Bill, the Minister of National Health characterized marijuana as a gateway drug, stating that “[i]t . . . may well provide a stepping stone to addiction to heroin” (*House of Commons Debates*, vol. VI, 4th Sess., 24th Parl., June 7, 1961, at p. 5981). This strategy was to try to treat and cure the “evil” of marijuana by reducing the supply of drugs through stiff

*prohibant l’importation, la fabrication et la vente de l’opium à toutes fins autres que celles de la médecine*, S.C. 1908, ch. 50. En 1911, cette loi a été remplacée par la *Loi de l’opium et des drogues*, S.C. 1911, ch. 17, qui étendait l’interdiction à la cocaïne, à la morphine et à l’eucaïne. En 1923, le Parlement a édicté la *Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1923*, S.C. 1923, ch. 22, qui ajoutait le cannabis à la liste des drogues interdites. Aucun débat n’a eu lieu à la Chambre quant à la justification de cet ajout. En 1932, un certain nombre de modifications importantes ont été apportées à la *Loi modifiant la Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1932, ch. 20, notamment pour y inscrire des drogues synthétiques et des drogues naturelles. En 1938, l’annexe de la loi faisait état de plus de 15 drogues interdites (S.C. 1938, ch. 9) (voir le Rapport du Comité sénatorial, vol. II, p. 272-275).

En 1954, la *Loi sur l’opium et les drogues narcotiques* a été modifiée et à la simple possession s’est ajoutée une nouvelle infraction, celle de « possession [d’]une drogue aux fins d’en faire le trafic » (S.C. 1954, ch. 38, art. 3). Dans le cas de cette infraction, la charge de la preuve était inversée, de sorte que les personnes trouvées en possession de grandes quantités de stupéfiants devaient établir que ce n’était *pas* pour en faire le trafic (Rapport du Comité sénatorial, vol. II, p. 282). La loi prévoyait des peines beaucoup plus sévères pour le trafic que pour la possession, ce qui a amené le juge Braidwood de la Cour d’appel à conclure que [TRADUCTION] « le principal objectif du Parlement était d’éliminer le trafic des stupéfiants et de punir les trafiquants » (par. 81).

Moins d’une décennie plus tard, la *Loi sur l’opium et les drogues narcotiques* a été remplacée par la *Loi sur les stupéfiants*, S.C. 1960-61, ch. 35, qui donnait effet aux engagements internationaux du Canada découlant de la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, R.T. Can. 1964 n° 30. Pendant les débats relatifs au projet de loi, le ministre de la Santé nationale a qualifié la marijuana de drogue d’introduction, affirmant qu’elle pouvait fort bien « mener à l’accoutumance à l’héroïne » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 4<sup>e</sup> sess., 24<sup>e</sup> lég., 7 juin 1961, p. 6194). La stratégie consistait à tenter de traiter et guérir les effets du « fléau » de la

32

33

penalties, and reducing the demand for drugs by providing treatment for existing addicts.

34 In 1997, the NCA and Parts III and IV of the *Food and Drugs Act* were repealed and replaced by the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”). The new Act was designed to discharge Canada’s more recent international obligations with regard to narcotics. It introduced a legislative framework for the import, export, distribution and use of substances scheduled under previous legislation (Senate Committee Report, vol. II, at p. 286). More than 150 substances now appear in the schedules to the CDSA.

## 2. Sanctions under the NCA

35 Since the enactment of the *Opium Act* in 1908, the sanctions for drug possession have been steadily decreasing. In 1929, the penalty for the offence of possession was a minimum of six months to a maximum of seven years or a fine of between \$200 and \$1,000, or both. It was also within the discretion of the court to sentence offenders to hard labour or a whipping: *The Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, S.C. 1929, c. 49, s. 4. See, e.g., *R. v. Forbes* (1937), 69 C.C.C. 140 (B.C. Co. Ct.) (accused sentenced to 18 months of hard labour plus a \$200 fine for possession of marihuana).

36 With the amendment of the *Opium and Narcotic Drug Act* in 1954, penalties for offences involving trafficking increased. For simple possession however, the availability of hard labour was removed. The mandatory six-month prison sentence was repealed in 1961 when the *Narcotic Control Act* was enacted. However, the 1961 Act provided, under s. 17(1), that if the accused was a drug addict, the court could impose custody for treatment for an indeterminate period in lieu of another sentence.

37 In 1969, possession was redesignated as a hybrid offence, and the penalty on summary conviction for

marihuana en diminuant l’offre de drogues par l’infliction de peines sévères et en réduisant la demande grâce au traitement des toxicomanes.

En 1997, la Loi et les parties III et IV de la *Loi sur les aliments et drogues* ont été abrogées et remplacées par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (« LRDS »). Cette nouvelle loi vise à permettre au Canada de s’acquitter des plus récentes obligations internationales qui lui incombent en matière de lutte contre les stupéfiants. Elle instaure un cadre légal régissant l’importation, l’exportation, la distribution et l’utilisation des substances figurant aux annexes des lois antérieures (Rapport du Comité sénatorial, vol. II, p. 305). Plus de 150 substances sont désormais énumérées dans les annexes de la LRDS.

## 2. Les sanctions prévues par la Loi

Depuis l’adoption de la *Loi sur l’opium* en 1908, on observe une diminution constante de la rigueur des sanctions infligées pour possession de drogue. En 1929, le délinquant était passible d’un emprisonnement d’au moins six mois et d’au plus sept ans, ainsi que d’une amende dont le montant allait de 200 \$ à 1 000 \$, ou de l’une de ces deux peines. Le tribunal avait également le pouvoir discrétionnaire de le condamner aux travaux forcés ou au fouet : *Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1929*, S.C. 1929, ch. 49, art. 4. Voir, par exemple, *R. c. Forbes* (1937), 69 C.C.C. 140 (C. cté C.-B.) (infliction d’une peine de 18 mois de travaux forcés et d’une amende de 200 \$ pour possession de marihuana).

Après la modification de la *Loi de l’opium et des drogues narcotiques* en 1954, la sévérité des peines prévues pour les infractions comportant trafic a été haussée. Cependant, le Parlement a écarté la condamnation aux travaux forcés pour simple possession. L’emprisonnement minimal de six mois a été supprimé en 1961 lors de l’adoption de la *Loi sur les stupéfiants*. Toutefois, la nouvelle loi disposait, au par. 17(1), que le tribunal pouvait condamner un toxicomane à la détention aux fins de traitement pour une période indéterminée, à l’exclusion de toute autre peine.

En 1969, l’infraction de possession est devenue une infraction mixte, le contrevenant étant dès lors



possession carried a maximum fine of \$1,000 or imprisonment for a term not exceeding six months or both for a first offence and, for a subsequent offence, a fine not exceeding \$2,000 or imprisonment for a term not exceeding one year or both: S.C. 1968-69, c. 41, s. 12. The penalties are heavier, of course, if the Crown proceeds by indictment. These provisions were still in effect when the NCA was repealed in 1996.

### 3. Statutory Framework of the NCA

Parliament did not attach the penalty of imprisonment directly to marihuana offences. Rather, the NCA states at s. 3(1) that “[e]xcept as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession”. Narcotics are defined in the schedules to the NCA. Marihuana is a scheduled drug. The trial judge found that while marihuana is a psychoactive drug, it is not (medically speaking) a narcotic. It is deemed to be a “narcotic” only for the parliamentary purposes of the NCA schedule.

Various attacks were made on this statutory vehicle in the companion Ontario appeal, *R. v. Clay*, [2003] 3 S.C.R. 735, 2003 SCC 75, including allegations of overbreadth, and are considered further in our reasons for rejecting that appeal, released concurrently.

### C. *Evidence of Harm*

The evidentiary issue at the core of the appellants’ constitutional challenge is the “harm principle”, and the contention that possession of marihuana for personal use is a “victimless crime”. The appellants say that even with respect to the user himself or herself there is no cogent evidence of “significant” or “non-trivial” harm.

passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, pour une première infraction, d’une amende maximale de 1 000 \$ et d’un emprisonnement maximal de six mois, ou de l’une de ces peines, et, en cas de récidive, d’une amende maximale de 2 000 \$ et d’un emprisonnement maximal d’un an, ou de l’une de ces peines : S.C. 1968-69, ch. 41, art. 12. Les peines étaient évidemment plus sévères lorsque le ministère public optait pour la mise en accusation. Ces dispositions s’appliquaient toujours au moment de l’abrogation de la Loi en 1996.

### 3. Le cadre législatif de la Loi

Le Parlement n’a pas directement prévu de peines d’emprisonnement pour les infractions liées à la marihuana. La Loi dispose plutôt, au par. 3(1), que « [s]auf exception prévue par la présente loi ou ses règlements, il est interdit d’avoir un stupéfiant en sa possession ». Les substances considérées comme des stupéfiants sont énumérées aux annexes de la Loi. La marihuana y figure. Le juge du procès a conclu que, bien que la marihuana soit une drogue psychoactive, elle n’est pas (sur le plan médical) un stupéfiant. Elle est réputée être un « stupéfiant » uniquement pour les besoins de l’objectif législatif qui sous-tend l’annexe de la Loi.

Dans le pourvoi connexe *R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 735, 2003 CSC 75, affaire émanant de l’Ontario, cette mesure législative a fait l’objet de diverses attaques lui reprochant notamment d’avoir une portée excessive. Ces attaques sont analysées de manière approfondie dans les motifs que nous exposons pour rejeter ce pourvoi et qui sont déposés en même temps que les présents motifs.

### C. *La preuve du préjudice*

L’argument d’inconstitutionnalité soulevé par les appellants s’appuie principalement sur une question de preuve — le « principe du préjudice » — et sur leur prétention que la possession de marihuana pour consommation personnelle est un « crime sans victime ». Les appellants soutiennent que, même en ce qui concerne le consommateur lui-même, il n’existe aucune preuve convaincante de l’existence d’un préjudice « important » ou « non négligeable ».

38

39

40

41 Malmö-Levine, a self-styled “chronic user”, does not deny the existence of harm. The name of his organization, after all, is the “Harm Reduction Club”. In his factum, he acknowledges that “Cannabis misuse can cause harm”. In oral argument he said that

my purpose here was to try to shift the debate from whether the harms are trivial, insignificant, to whether the harms are mitigatable and reducible.

and

vulnerable groups, the chronic users, the mentally ill, the pregnant mothers, and the immature youth, are the ones that need harm reduction the most.

#### 1. Admissions by the Appellants

42 The appellants Malmö-Levine, Caine and Clay filed with the Court a Joint Statement of Legislative Facts in which they make the following limited admissions:

##### (i) Dependency

The appellants state that “[t]here appears to be little or no risk of physical addiction arising from cannabis use; however, a small percentage of users do seemingly develop problems with psychological dependence. . . . Psychological dependence is reportedly experienced by only 2% of all cannabis users”.

##### (ii) Driving, flying, or operating complex machinery

The appellants acknowledge that “[c]annabis may be contributing to accidents”. Note, as well, that the following is printed on the Harm Reduction Club’s Membership Card (run by Mr. Malmö-Levine): “I, [name], promise not to operate any heavy machinery while impaired on any marijuana”.

M. Malmö-Levine, qui se définit lui-même comme un « consommateur chronique », ne nie pas l’existence d’un préjudice. Après tout, son organisation s’appelle « Harm Reduction Club ». Dans son mémoire, il reconnaît que [TRADUCTION] « le mésusage du cannabis peut être préjudiciable ». Au cours des plaidoiries, il a dit ceci :

[TRADUCTION] [M]on but ici était de faire en sorte qu’on cesse de se demander si les méfaits sont négligeables ou insignifiants, mais plutôt s’il est possible de les atténuer et de les réduire.

et

ce sont les groupes vulnérables, les consommateurs chroniques, les malades mentaux, les femmes enceintes et les jeunes en croissance, qui ont le plus besoin de mesures de réduction du préjudice.

#### 1. Les aveux des appelants

Les appelants Malmö-Levine, Caine et Clay ont déposé devant notre Cour un exposé conjoint des faits législatifs dans lequel ils font les aveux suivants :

##### (i) Dépendance

Les appelants affirment que [TRADUCTION] « [l]’usage du cannabis paraît ne créer que peu ou pas de risques de dépendance physique; toutefois, un faible pourcentage de consommateurs éprouveraient des problèmes de dépendance psychologique. [ . . . ] Seulement 2 % de l’ensemble des consommateurs de cannabis souffriraient de dépendance psychologique ».

##### (ii) Conduite d’un véhicule à moteur, pilotage d’un avion ou utilisation d’appareils complexes

Les appelants reconnaissent que [TRADUCTION] « [l]e cannabis peut être un facteur contribuant à des accidents ». Signalons également la mention suivante figurant sur la carte de membre du Harm Reduction Club (organisation dirigée par M. Malmö-Levine) : « Le soussigné, [nom], s’engage à ne pas faire fonctionner de matériel lourd lorsqu’il est sous l’effet de la marijuana ».

(iii) Damage to lungs

The appellants acknowledge that “Dr. Tashkin has recently demonstrated that chronic cannabis smoking will lead to chronic bronchial inflammation”.

(iv) Schizophrenia and psychosis

The appellants state that “[c]annabis has not been shown to cause psychoses or schizophrenia, although there is some question as to whether or not cannabis can modify the course of a pre-existing psychosis.”

(v) Amotivational syndrome

The appellants state that “diminished motivation may be a symptom of chronic intoxication but one which dissipates upon cessation of use”.

(vi) Effect on fetus/newborns

The appellants state that “[w]hile some tests have shown some impairment of memory, verbal ability and verbal expression of ideas in school age children, the changes were measurably small. More importantly, however, these minimal testing differences have not been linked to poor school performance in later years.”

(vii) Reproductive system

The appellants state that “[t]here may . . . be a brief or acute decrease of sex hormone level in the brain, but this level soon returns to normal even without the complete cessation of cannabis smoking”.

There is no doubt that Canadian society has become much more sceptical about the alleged harm caused by the use of marihuana since the days when Emily Murphy, an Edmonton magistrate, warned that persons under the influence of marihuana “los[e] all sense of moral responsibility. . . . are immune to pain . . . becom[ing] raving maniacs . . . liable to kill . . . using the most savage methods of cruelty” (*The Black Candle* (1922)), at

(iii) Dommages pulmonaires

Les appelants reconnaissent que [TRADUCTION] « le Dr Tashkin a récemment démontré que le fait de fumer du cannabis de façon chronique entraîne une inflammation chronique des bronches ».

(iv) Schizophrénie et psychose

Les appelants soutiennent qu’[TRADUCTION] « [i]l n’a pas été prouvé que le cannabis cause des psychoses ou la schizophrénie, bien qu’on se demande s’il ne peut pas modifier l’évolution d’une psychose préexistante. »

(v) Syndrome amotivationnel

Les appelants affirment qu’[TRADUCTION] « une baisse de la motivation peut être un symptôme d’une intoxication chronique, mais ce symptôme disparaît lorsque la consommation cesse ».

(vi) Effet sur les fœtus ou les nouveau-nés

Selon les appelants : [TRADUCTION] « Bien que certains tests aient révélé une certaine altération de la mémoire, de la parole et de l’expression verbale des idées chez des enfants d’âge scolaire, les changements étaient relativement mineurs. Fait plus important toutefois soulignons qu’aucun lien n’a été établi entre ces écarts minimes observés lors des tests et un mauvais rendement scolaire au cours des années qui ont suivi. »

(vii) Appareil reproducteur

Les appelants avancent qu’[TRADUCTION] « [i]l peut y avoir une chute brève ou aiguë d’hormones sexuelles dans le cerveau, mais ce taux revient vite à la normale, même si la personne ne cesse pas complètement de fumer du cannabis ».

Il est certain que la société canadienne est devenue beaucoup plus sceptique à l’égard des méfaits de la marihuana qu’elle ne l’était à l’époque où Emily Murphy, magistrate d’Edmonton, affirmait qu’un individu se trouvant sous l’effet de la marihuana [TRADUCTION] « perdait tout sens de la responsabilité morale [. . .] était insensible à la souffrance [. . .] devenait un fou furieux [. . .] capable de tuer [. . .] en faisant preuve de la plus grande

pp. 332-33). However, to exonerate marihuana from such extreme forms of denunciation is not to say it is harmless.

## 2. The Le Dain Commission Report

44 The Le Dain Commission, established in 1969 and reporting in 1972, recommended decriminalization of marihuana but nevertheless identified various concerns regarding its use, including the following four identified by the majority of commissioners as the major areas of social concern (at p. 268):

1. “the effect of cannabis on adolescent maturation;”
2. “the implications of cannabis use for the safe operation of motor vehicles and other machinery;”
3. “the possibility that the long-term heavy use of cannabis will result in a significant amount of mental deterioration and disorder;” and
4. “the role played by cannabis in the development and spread of multi-drug use.”

45 Research and further studies in the intervening 30 years have caused reconsideration of some of these findings.

## 3. The Trial Judge’s Findings in *Caine*

46 Howard Prov. Ct. J., in response to some of the more strident warnings of the harm allegedly caused by marihuana use, reviewed the extensive evidence before her court to put in perspective the potential harms associated with the use of marihuana, as presently understood, as follows (at para. 40):

1. the occasional to moderate use of marihuana by a healthy adult is not ordinarily harmful to health, even if used over a long period of time;
2. there is no conclusive evidence demonstrating any irreversible organic or mental damage to the user,

cruauté » (*The Black Candle* (1922), p. 332-333). Toutefois, reconnaître le caractère excessif de tels propos n’équivaut pas à dire que la marihuana est inoffensive.

## 2. Le Rapport de la Commission Le Dain

Créée en 1969, la Commission Le Dain a déposé son rapport en 1972. Elle a recommandé la décriminalisation de la marihuana, exprimant cependant diverses inquiétudes relativement à la consommation de cette substance. La majorité des commissaires a fait état de quatre domaines importants de préoccupation sociale (à la p. 270) :

1. « les effets du cannabis sur le développement des adolescents; »
2. « ses répercussions sur la conduite des véhicules et des machines; »
3. « la possibilité de détériorations et d’affections mentales engendrées par le cannabisme; »
4. « l’effet d’entraînement qui peut occasionner des polytoxicomanies. »

Au cours des 30 années qui se sont écoulées depuis, d’autres recherches et études ont remis en question certaines de ces conclusions.

## 3. Les conclusions de la juge du procès dans *Caine*

Relativement à certaines des mises en garde les plus virulentes contre le préjudice que causerait l’usage de la marihuana, la juge Howard de la Cour provinciale a étudié l’abondante preuve dont elle disposait afin de mettre en perspective les méfaits potentiels associés à la consommation de marihuana, eu égard aux données actuelles, et elle a tiré les conclusions suivantes (au par. 40) :

[TRADUCTION]

1. la consommation occasionnelle ou modérée de marihuana par un adulte bien portant n’a généralement pas d’effets néfastes pour sa santé, même si elle se poursuit pendant une longue période;
2. il n’y a aucune preuve concluante de dommages physiques ou mentaux irréversibles pour les usagers,

- except in relation to the lungs and then only to those of a chronic, heavy user such as a person who smokes at least 1 and probably 3-5 marihuana joints per day;
3. there is no evidence demonstrating irreversible, organic or mental damage from the use of marihuana by an ordinary healthy adult who uses occasionally or moderately;
  4. marihuana use does cause alteration of mental function and as such should not be used in conjunction with driving, flying or operating complex machinery;
  5. there is no evidence that marihuana use induces psychosis in ordinary healthy adults who use [marihuana] occasionally or moderately and, in relation to the heavy user, the evidence of marihuana psychosis appears to arise only in those having a predisposition towards such a mental illness;
  6. marihuana is not addictive;
  7. there is a concern over potential dependence in heavy users, but marihuana is not a highly reinforcing type of drug, like heroin or cocaine and consequently physical dependence is not a major problem; psychological dependence may be a problem for the chronic user;
  8. there is no causal relationship between marihuana use and criminality;
  9. there is no evidence that marihuana is a gateway drug and the vast majority of marihuana users do not go on to try hard drugs . . . .
  10. marihuana does not make people aggressive or violent, but on the contrary it tends to make them passive and quiet;
  11. there have been no deaths from the use of marihuana;
  12. there is no evidence of an amotivational syndrome, although chronic use of marihuana could decrease motivation, especially if such a user smokes so often as to be in a state of chronic intoxication;
  13. assuming current rates of consumption remain stable, the health related costs of marihuana use
- sauf pour ce qui est des poumons. On signale de tels dommages uniquement chez les usagers chroniques qui consomment de grandes quantités de marihuana, à savoir les personnes fumant au moins 1, et probablement 3 à 5 joints quotidiennement;
3. il n'y a aucune preuve que la consommation occasionnelle ou modérée de marihuana par un adulte en santé lui cause des dommages physiques ou mentaux irréversibles;
  4. la consommation de marihuana agit sur les fonctions mentales et, pour cette raison, une personne ne devrait pas en consommer lorsqu'elle conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou fait fonctionner un appareil complexe;
  5. il n'y a aucune preuve démontrant que la marihuana déclenche des psychoses chez les adultes en bonne santé qui n'en consomment qu'occasionnellement ou modérément; pour ce qui est des grands consommateurs, la preuve révèle que la psychose induite par la consommation de cannabis ne se manifeste que lorsque l'usager présente une prédisposition à une telle maladie mentale;
  6. la marihuana ne crée pas de dépendance;
  7. l'effet potentiellement toxicomanogène de la marihuana chez les grands consommateurs est un sujet de préoccupation, mais comme elle n'est pas une drogue à effet très renforçateur comme l'héroïne ou la cocaïne, la dépendance physique n'est pas un problème important; la dépendance psychique peut être un problème dans le cas des consommateurs chroniques;
  8. il n'y a pas de lien de causalité entre la consommation de marihuana et la criminalité;
  9. il n'y a aucune preuve que la marihuana soit une drogue d'introduction et la grande majorité des consommateurs de marihuana n'essaient pas des drogues dures . . . .
  10. la marihuana ne rend pas les gens agressifs ou violents; bien au contraire, elle a tendance à les rendre passifs et calmes;
  11. il n'y a eu aucun décès attribuable à la consommation de marihuana;
  12. il n'y a aucune preuve de l'existence d'un syndrome amotivational, bien que la consommation chronique de marihuana puisse réduire la motivation, notamment si l'usager en fume si souvent qu'il se trouve dans un état d'intoxication chronique;
  13. si l'on présume que les niveaux actuels de consommation restent stables, les coûts des soins de santé

are very, very small in comparison with those costs associated with tobacco and alcohol consumption.

47 Having concluded that the use of marihuana is not as harmful as is sometimes claimed, the trial judge went on to state in *Caine* that marihuana is not “a completely harmless drug for all individual users” (para. 42). She stated at paras. 121-22:

The evidence before me demonstrates that there is a reasonable basis for believing that the following health risks exist with [marihuana use].

There is a general risk of harm to the users of marihuana from the acute effects of the drug, but these adverse effects are rare and transient. Persons experiencing the acute effects of the drug will be less adept at driving, flying and other activities involving complex machinery. In this regard they represent a risk of harm to others in society. At current rates of use, accidents caused by users under the influence of marihuana cannot be said to be significant.

48 Key to Howard Prov. Ct. J.’s findings was the identification of perhaps 50,000 chronic users, who cannot be identified in advance, but who pose both a risk to themselves and a potential cost to society at paras. 123-26:

There is also a risk that any individual who chooses to become a casual user, may end up being a chronic user of marihuana, or a member of one of the vulnerable persons identified in the materials. It is not possible to identify these persons in advance.

As to the chronic users of marihuana, there are health risks for such persons. The health problems are serious ones but they arise primarily from the act of smoking rather than from the active ingredients in marihuana. Approximately 5% of all marihuana users are chronic users. At current rates of use, this comes to approximately 50,000 persons. There is a risk that, upon legalization, rates of use will increase, and with that the absolute number of chronic users will increase.

liés à l’usage de la marihuana sont très très faibles si on les compare à ceux liés à la consommation du tabac et de l’alcool.

Dans l’affaire *Caine*, après avoir conclu que la consommation de la marihuana n’est pas aussi nocive qu’on le prétend parfois, la juge du procès a ajouté que la marihuana n’est pas [TRADUCTION] « une drogue complètement inoffensive pour tous les usagers » (par. 42). Elle a affirmé ceci (aux par. 121-122) :

[TRADUCTION] La preuve qui m’a été soumise démontre l’existence de motifs raisonnables de croire que [la consommation de marihuana] comporte les risques suivants pour la santé.

Les effets aigus de la marihuana présentent un risque général pour les consommateurs de cette drogue, mais ces effets néfastes sont rares et passagers. Les personnes qui subissent ces effets aigus sont moins aptes à conduire un véhicule à moteur, à piloter un avion ou à exercer d’autres activités exigeant de faire fonctionner des appareils complexes. Ces personnes créent, de ce point de vue, un risque de préjudice pour les autres membres de la société. Eu égard aux niveaux actuels de consommation, on ne saurait affirmer que le nombre d’accidents causés par des personnes sous l’effet de la marihuana est important.

Un aspect fondamental des conclusions de la juge Howard est l’existence de quelque 50 000 usagers chroniques qu’il n’est pas possible d’identifier à l’avance, mais qui constituent un risque pour eux-mêmes et sont susceptibles d’engendrer des coûts pour la société (aux par. 123-126) :

[TRADUCTION] Il se peut également que la personne qui consomme occasionnellement de la marihuana devienne éventuellement un consommateur chronique ou fasse partie des personnes vulnérables mentionnées dans la documentation. Il est impossible d’identifier d’avance ces personnes.

Pour ce qui est des consommateurs chroniques de marihuana, ils courent des risques pour leur santé. Ces problèmes sont graves, mais ils découlent principalement du fait que la drogue est fumée, plutôt que des ingrédients actifs de celle-ci. Environ 5 % de tous les consommateurs de marihuana sont des consommateurs chroniques. Suivant les niveaux actuels de consommation, cela représente environ 50 000 personnes. La légalisation risque d’entraîner une augmentation des niveaux de consommation et, corollairement, du nombre absolu de consommateurs chroniques.

In addition, there are health risks for those vulnerable persons identified in the materials. There is no information before me to suggest how many people might fall into this group. Given that it includes young adolescents who may be more prone to becoming chronic users, I would not estimate this group to be min[u]scule.

All of the risks noted above carry with them a cost to society, both to the health care and welfare systems. At current rates of use, these costs are negligible compared to the costs associated with alcohol and drugs [*sic*]. There is a risk that, with legalization, user rates will increase and so will these costs. [Emphasis added.]

Over 20 years after the Le Dain Commission's Report, the Hall Report was released in Australia. The trial judge noted in *Caine* that "[t]here was general agreement among the witnesses who appeared before me (save perhaps for Dr. Morgan) that the conclusions contained in the Hall Report were sound . . . based on the scientific information available at this time" (par. 48). The 1994 Hall Report found the following to be "chronic effects":

[T]he major *probable* adverse effects [from chronic use] appear to be:

- respiratory diseases associated with smoking as the method of administration, such as chronic bronchitis, and the occurrence of histopathological changes that may be precursors to the development of malignancy;
- development of a cannabis dependence syndrome, characterized by an inability to abstain from or to control cannabis use;
- subtle forms of cognitive impairment, most particularly of attention and memory, which persist while the user remains chronically intoxicated, and may or may not be reversible after prolonged abstinence from cannabis.

[T]he major *possible* adverse effects [from chronic use that is, effects] which remain to be confirmed by further research [are]:

De plus, il existe également des risques pour la santé des personnes vulnérables mentionnées dans la documentation. On ne m'a fourni aucune information indiquant combien de personnes sont susceptibles d'entrer dans cette catégorie. Étant donné qu'il s'agit notamment de jeunes adolescents, personnes peut-être plus disposées à devenir des consommateurs chroniques, je ne crois pas qu'il s'agisse d'un groupe minuscule.

Tous les risques susmentionnés entraînent des coûts pour la société, tant pour le système de soins de santé que pour le régime d'aide sociale. Compte tenu des niveaux actuels de consommation, ces coûts sont négligeables si on les compare à ceux liés à l'alcool et aux drogues (*sic*). La légalisation risque d'entraîner une augmentation du nombre d'utilisateurs et, en conséquence, de ces coûts. [Nous soulignons.]

Plus de 20 ans après le dépôt du rapport de la Commission Le Dain, le rapport Hall a été déposé en Australie. Dans l'affaire *Caine*, le juge du procès a signalé que [TRADUCTION] « [L]es témoins qui ont comparu devant moi (à l'exception peut-être du D<sup>r</sup> Morgan) s'accordaient pour dire que les conclusions du rapport Hall étaient valables [. . .], compte tenu des données scientifiques disponibles à l'époque » (par. 48). Les auteurs du rapport Hall, publié en 1994, ont considéré les effets suivants comme des « effets chroniques » :

[TRADUCTION] [L]es principaux effets néfastes *probables* [de la consommation chronique] semblent être les suivants :

- troubles respiratoires liés au fait que la substance est fumée, par exemple bronchite chronique et apparition de changements histopathologiques qui peuvent être des signes précurseurs du développement de tumeurs malignes;
- développement du syndrome de dépendance au cannabis, qui se caractérise par l'incapacité de s'abstenir d'en consommer ou de limiter sa consommation;
- formes subtiles d'affaiblissement des facultés cognitives, plus particulièrement manque d'attention et pertes de mémoire, qui persistent quand le consommateur reste intoxiqué de manière chronique et qui peuvent être réversibles ou non après une abstinence prolongée.

[L]es principaux effets néfastes *possibles* [de la consommation chronique c'est-à-dire les effets] qui restent à être confirmés par des recherches additionnelles [sont les suivants] :

- an increased risk of developing cancers of the aerodigestive tract, i.e. oral cavity, pharynx, and oesophagus;
- an increased risk of leukemia among offspring exposed while in utero;
- a decline in occupational performance marked by underachievement in adults in occupations requiring high level cognitive skills, and impaired educational attainment in adolescents;
- birth defects occurring among children of women who used cannabis during their pregnancies.

(W. Hall, N. Solowij and J. Lemon, *National Drug Strategy: The health and psychological consequences of cannabis use* (1994) (the “Hall Report”), at p. ix (emphasis in original))

50

In 2001, a revised version of the Hall Report was released. Its conclusions are similar to the 1994 Report except that the cognitive impairment probability was demoted to a possibility, the cancer risk (from smoking marijuana) was promoted from a possibility to a probability and the risks of leukemia and birth defects were no longer listed.

51

The trial judge noted that the 1994 Hall Report identified three traditional “high risk groups” (at para. 46):

- (1) Adolescents with a history of poor school performance . . .
- (2) Women of childbearing age . . . ; and
- (3) Persons with pre-existing diseases such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia or other drug dependencies . . . .

The inclusion of “women of childbearing age” may have to be reconsidered in light of more recent studies casting doubt on marijuana as a potential source of birth defects. However, given the immense importance of potential birth defects for all concerned, and the widely recognized need for further

- risque accru de cancers des voies aérodigestives, c’est-à-dire la cavité buccale, le pharynx et l’œsophage;
- risque accru de leucémie pour les enfants qui ont été exposés à la drogue pendant qu’ils étaient encore dans l’utérus de leur mère;
- baisse du rendement professionnel marquée par une improductivité chez les adultes dont les activités requièrent l’application d’habiletés intellectuelles poussées et par des résultats scolaires médiocres chez les adolescents;
- anomalies congénitales chez les enfants dont la mère a consommé du cannabis pendant la grossesse.

(W. Hall, N. Solowij et J. Lemon, *National Drug Strategy : The health and psychological consequences of cannabis use* (1994) (le « rapport Hall »), p. ix (en italique dans l’original))

Une version révisée du rapport Hall a été publiée en 2001. Les conclusions de cette version sont similaires à celles de 1994, si ce n’est que la probabilité d’affaiblissement des facultés cognitives est devenue une simple possibilité, le risque de cancer (associé à l’inhalation de marijuana) a été élevé au rang des probabilités et les risques de leucémie et d’anomalies congénitales ne sont plus signalés.

La juge du procès a souligné que le rapport Hall de 1994 faisait état de trois groupes traditionnels « à risque élevé » (au par. 46) :

[TRADUCTION]

- (1) Les adolescents aux résultats scolaires médiocres [. . .];
- (2) Les femmes en âge de procréer [. . .];
- (3) Les personnes qui souffrent d’affections préexistantes comme des maladies cardiovasculaires, des troubles respiratoires, la schizophrénie ou d’autres toxicomanies . . . .

Le bien-fondé de l’inclusion des « femmes en âge de procréer » pourrait devoir être réexaminé à la lumière d’études plus récentes selon lesquelles la marijuana pourrait ne pas causer d’anomalies congénitales. Toutefois, vu l’importance considérable de ce risque pour tous les intéressés et la



research, we have to accept that on this point as on many others “the jury is still out”.

The trial judge noted, at para. 46, that the findings of the 1994 Hall Report were similar (except for the leukemia and birth defects concerns) to a report entitled *Cannabis: a health perspective and research agenda* (1997), published a few years later by the World Health Organization, Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse, which contained the following statement about the “acute health effects”, i.e., the effects experienced by users during and for a period following the use of marihuana (at p. 30):

*Acute health effects of cannabis use*

The acute effects of cannabis use have been recognized for many years, and recent studies have confirmed and extended earlier findings. These may be summarized as follows:

- cannabis impairs cognitive development (capabilities of learning), including associative processes; free recall of previously learned items is often impaired when cannabis is used both during learning and recall periods;
- cannabis impairs psychomotor performance in a wide variety of tasks, such as motor coordination, divided attention, and operative tasks of many types; human performance on complex machinery can be impaired for as long as 24 hours after smoking as little as 20mg of THC in cannabis; there is an increased risk of motor vehicle accidents among persons who drive when intoxicated by cannabis.

The chronic and therapeutic effects of marihuana use were also listed by the World Health Organization and are set out in the Appendix.

nécessité généralement reconnue de poursuivre les recherches, nous devons accepter que, sur ce point, comme sur bien d’autres, « on ne peut pas encore se prononcer ».

La juge du procès a signalé, au par. 46, que les conclusions du rapport Hall de 1994 étaient similaires (sauf pour les inquiétudes touchant la leucémie et les anomalies congénitales) à celles d’un rapport publié quelques années plus tard par la Division de la santé mentale et de la prévention des toxicomanies de l’Organisation mondiale de la santé (*Cannabis : a health perspective and research agenda* (1997)), dont l’extrait suivant porte sur les [TRADUCTION] « effets aigus [...] sur la santé », c’est-à-dire les effets ressentis par l’usager pendant la consommation de la marihuana et durant une certaine période par la suite (à la p. 30) :

[TRADUCTION]

*Effets aigus de la consommation du cannabis sur la santé*

Les effets aigus de la consommation du cannabis sont reconnus depuis de nombreuses années et des études récentes sont venues confirmer et compléter les constatations antérieures. Ces effets peuvent être résumés ainsi :

- le cannabis nuit au développement cognitif (capacités d’apprentissage), y compris les processus associatifs; le rappel libre, au cours duquel des éléments mémorisés doivent être évoqués, est souvent perturbé lorsqu’il y a consommation de cannabis pendant les périodes d’apprentissage et de rappel;
- le cannabis nuit à la performance psychomotrice dans une grande variété de tâches, comme la coordination motrice, l’attention partagée et différentes tâches d’exécution; la performance humaine nécessaire au fonctionnement de machines complexes peut être altérée pendant une période pouvant aller jusqu’à 24 heures après que l’intéressé a fumé du cannabis contenant aussi peu que 20 mg de THC; les personnes qui conduisent sous l’effet du cannabis courent un plus grand risque d’accidents de la route.

L’Organisation mondiale de la santé a également dressé la liste des effets chroniques et thérapeutiques de la consommation de marihuana, liste qui est reproduite à l’annexe des présents motifs.

#### 4. Parliamentary Reports

54 Our attention was drawn by the parties to a number of parliamentary reports issued since the decision of the courts below, of which we may and do take judicial notice.

55 In September 2002, the Senate Special Committee on Illegal Drugs concluded that “the state of knowledge supports the belief that, for the vast majority of recreational users, cannabis use presents no harmful consequences for physical, psychological or social well-being in either the short or the long term” (vol. I, at p. 165).

56 At the same time, the Senate Committee acknowledged potential harm to a minority of users, including the vulnerable groups identified by the Hall Report and reported by the trial judge (vol. I, at pp. 166-67):

The Committee feels that, because of its potential effects on the endogenous cannabinoid system and cognitive and psychosocial functions, any use in those under age 16 is at-risk use;

Our estimation would suggest that approximately 50,000 youths fall in this category.

. . .

Heavy use of smoked cannabis can have certain negative consequences for physical health, in particular for the respiratory system (chronic bronchitis, cancer of the upper respiratory tract).

Heavy use of cannabis can result in negative psychological consequences for users, in particular impaired concentration and learning and, in rare cases and with people already predisposed, psychotic and schizophrenic episodes.

Heavy use of cannabis can result in consequences for a user’s social well-being, in particular their occupational and social situation and their ability to perform tasks.

Heavy use of cannabis can result in dependence requiring treatment; however, dependence caused by cannabis is

#### 4. Les rapports parlementaires

Les parties ont porté à notre attention un certain nombre de rapports qui ont été présentés au Parlement depuis le prononcé des décisions attaquées et dont nous pouvons et devons prendre connaissance d’office.

En septembre 2002, le Comité spécial du Sénat sur les drogues illicites a conclu que « l’état des connaissances permet de penser que, pour la vaste majorité des usagers récréatifs, la consommation de cannabis ne présente pas des conséquences néfastes sur leur santé physique, psychologique ou sociale à court ou à long terme » (vol. I, p. 176).

Le Comité sénatorial a en même temps reconnu que la consommation de cette substance pouvait être dommageable pour une minorité d’usagers, notamment les personnes vulnérables mentionnées dans le rapport Hall et par la juge du procès (vol. I, p. 177-178) :

Le Comité est d’avis qu’en raison de ses effets potentiels sur le système cannabinoïde endogène et les fonctions cognitives et psychosociales, toute consommation chez les jeunes de moins de 16 ans est une consommation à risque.

Sur la base de nos estimations, ce seraient environ 50 000 jeunes.

. . .

L’usage excessif de cannabis fumé peut avoir certaines conséquences négatives sur la santé physique, notamment sur le système respiratoire (bronchites chroniques, cancer des voies respiratoires supérieures).

L’usage excessif de cannabis peut entraîner des conséquences psychologiques négatives sur les usagers, notamment des difficultés de concentration et d’apprentissage, ou, dans des cas rares et chez des personnes déjà prédisposées, déclencher des épisodes psychotiques ou schizophréniques.

L’usage excessif de cannabis peut entraîner des conséquences sur la santé sociale des usagers, notamment leur insertion professionnelle et sociale et leur capacité à accomplir des tâches.

L’usage excessif de cannabis peut entraîner une dépendance qui demandera un traitement; toutefois, la

less severe and less frequent tha[n] dependence on other psychotropic substances, including alcohol and tobacco.

Echoing many other studies and reports, the Senate Committee underlined the need for further research, e.g., with respect to the potential impact of marihuana use on some psychiatric disorders (vol. I, at p. 151):

As it is, most scientific reports come to the same conclusion: more research is needed, with more rigorous protocols, allowing in particular for comparison with other populations and other substances.

In December 2002, the House of Commons Special Committee on Non-Medical Use of Drugs reported on the therapeutic benefits and potential adverse effects to some users of marihuana, and recommended that possession of marihuana be dealt with by a scheme of “ticketing, except where the offence is committed in the presence of specified aggravating circumstances”, such as impaired driving (*Policy for the New Millennium: Working Together to Redefine Canada’s Drug Strategy* (2002), at p. 130).

On May 27, 2003, the Minister of Justice introduced Bill C-38 which would eliminate the potential of imprisonment following a conviction for possession of no more than 15 grams of marihuana.

The Senate and House of Commons Committee Reports are consistent with the conclusions reached by the courts in British Columbia that, while marihuana is not a “harmless” drug, nevertheless the degree and extent of harm associated with its use is subject to continuing controversy, as is the wisdom of the present legislative scheme.

We have been shown no reason to interfere with these findings of fact. It seems clear that the use of marihuana has less serious and permanent effects than was once claimed, but its psychoactive and

dépendance induite par le cannabis est moins sévère et moins fréquente que la dépendance à d’autres substances psychoactives y compris l’alcool et le tabac.

Faisant écho à bon nombre d’autres rapports et études, le Comité sénatorial a mis en relief la nécessité de poursuivre les recherches, notamment en ce qui concerne les répercussions potentielles de la consommation de marihuana sur certains troubles psychiatriques (vol. I, p. 161) :

En l’état, la plupart des rapports scientifiques s’entendent pour conclure qu’il convient de mener davantage de recherche, avec des protocoles plus rigoureux, permettant notamment la comparaison avec d’autres populations et d’autres substances.

En décembre 2002, le Comité spécial de la Chambre des communes sur la consommation non médicale de drogues ou médicaments a déposé un rapport sur les avantages thérapeutiques et les possibles effets néfastes de la marihuana sur certains consommateurs de cette substance et a recommandé que la possession de marihuana donne lieu « à la délivrance d’une contravention sauf en cas de circonstances aggravantes », comme la conduite avec les facultés affaiblies (*Politique pour le nouveau millénaire : Redéfinir ensemble la stratégie canadienne antidrogue* (2002), p. 144).

Le 27 mai 2003, le ministre de la Justice a présenté le projet de loi C-38, qui prévoit la suppression de l’emprisonnement comme peine susceptible d’être infligée aux personnes reconnues coupables d’avoir eu en leur possession 15 grammes ou moins de marihuana.

Les rapports des comités du Sénat et de la Chambre des communes vont dans le sens des conclusions des tribunaux de la Colombie-Britannique selon lesquelles, bien que la marihuana ne soit pas une drogue « inoffensive », le degré et l’étendue du préjudice associé à sa consommation demeurent une question controversée, tout comme le bien-fondé du cadre législatif actuel.

Nous ne voyons aucune raison de remettre en question ces conclusions de fait. Il paraît clair que la consommation de marihuana a moins d’effets graves et permanents qu’on ne l’a déjà prétendu,

57

58

59

60

61

health effects can be harmful, and in the case of members of vulnerable groups the harm may be serious and substantial.

62 We turn, now, to the legal arguments raised by the parties.

#### D. *Division of Powers*

63 The appellant Caine contends that Parliament has no power to criminalize the possession of marihuana for personal use under either the residuary power of peace, order and good government (“POGG”) or the criminal law power.

##### 1. The Purpose of the NCA

64 The appellant Caine further argues that the Crown is resorting impermissibly to a “shifting purpose” in its effort to salvage the marihuana prohibition. He contends that the legislative origins of the prohibition on cannabis had nothing to do with legitimate claims that cannabis was injurious to public health but was based on racism against oriental drug users and irrational, unproven and unfounded fears. In light of changed thinking and greater knowledge, the alleged legislative facts underlying this original purpose have been refuted. The prohibition has thus ceased to be *intra vires*. As pointed out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 335:

Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable.

65 We need not review the law on this point because the argument was rejected on the facts by Braidwood J.A., who reviewed the legislative history in detail and concluded that the prohibition on simple possession of marihuana always “had more than one rationale. It was always meant to prevent the harm to society caused by drug addiction, such as the petty thefts that occur to raise funds to buy drugs” (para. 96). The post-1954 laws further

mais ses effets psychoactifs et ses effets sur la santé peuvent être néfastes et, dans le cas des personnes vulnérables, le préjudice peut être grave et important.

Nous allons maintenant examiner les arguments juridiques des parties.

#### D. *Le partage des compétences*

L’appelant Caine soutient que le Parlement n’a pas compétence pour criminaliser la possession de marihuana aux fins de consommation personnelle, que ce soit en vertu de son pouvoir résiduel de faire des lois pour « la paix, l’ordre et le bon gouvernement » ou celui de légiférer en matière de droit criminel.

##### 1. L’objet de la Loi

L’appelant Caine prétend en outre que le ministère public invoque à tort un « objet changeant » dans l’espoir de maintenir la validité de l’interdiction visant la marihuana. Il prétend que, à l’origine, la prohibition du cannabis ne reposait sur aucune allégation légitime que le cannabis serait préjudiciable à la santé publique, mais plutôt sur une attitude raciste à l’endroit des consommateurs orientaux, ainsi que sur des craintes irrationnelles, non démontrées et injustifiées. À la lumière de l’évolution des mentalités et des connaissances, les faits législatifs à la base de l’objectif initial auraient été réfutés. L’interdiction aurait donc cessé d’être *intra vires*. Comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 335 :

L’objet d’une loi est fonction de l’intention de ceux qui l’ont rédigée et adoptée à l’époque, et non pas d’un facteur variable quelconque.

Il n’est pas nécessaire que nous examinions le droit applicable en la matière, puisque cet argument a, au regard des faits, été rejeté par le juge Braidwood de la Cour d’appel, qui a procédé à une analyse détaillée de l’historique de la Loi et conclu que l’interdiction visant la simple possession de marihuana avait toujours eu [TRADUCTION] « plus d’un fondement. Elle a toujours visé à empêcher que la dépendance aux drogues ne cause préjudice

evolved this general purpose with a larger plan to treat and “cure” drug addicts to eliminate the “market” for drug traffickers in Canada. We accept this analysis. Thus, although there was no explanation given during the parliamentary debates as to why cannabis (marihuana) was added to the NCA in 1923, the evidence supports the conclusion of Braidwood J.A. that a major purpose of the prohibition has been, since its enactment and continued thereafter, to be to protect health and public safety. This purpose did not change when the treatment provisions were added to the NCA in 1961. The purpose and character of the legislation remained the same, but new means were added to advance the original objectives of health and public safety. In these circumstances, it cannot be said that the Crown’s argument is flawed by reliance on an impermissibly “shifting” purpose.

## 2. Legislative Jurisdiction with Respect to Narcotics

We turn next to the issue as to whether the NCA falls under Parliament’s residuary jurisdiction for POGG, or whether it is an exercise of the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, or whether, as the appellants contend, it falls within neither head of federal jurisdiction and is *ultra vires*.

### (a) *Peace, Order and Good Government*

Almost 25 years ago, a majority of this Court upheld the constitutional validity of the NCA under Parliament’s residual authority to legislate for POGG: *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984. Pigeon J., for the majority, took the view that the NCA “is essentially legislation adopted to deal with a genuinely new problem which did not exist at the time of

à la société, qu’on pense par exemple aux larcins commis dans le but de se procurer l’argent nécessaire pour acheter des drogues » (par. 96). Les dispositions législatives postérieures à 1954 ont poursuivi cet objectif général en faisant une place plus grande au traitement et à la « guérison » des toxicomanes, en vue d’éliminer le « marché » que servent les trafiquants de drogues au Canada. Nous acceptons cette analyse. En conséquence, bien qu’aucune explication n’ait été donnée pendant les débats à la Chambre des communes pour justifier l’ajout du cannabis (marihuana) à la liste des substances interdites par la Loi en 1923, la preuve appuie la conclusion du juge Braidwood selon laquelle l’un des objectifs principaux de l’interdiction — depuis son adoption et par la suite — est la protection de la sécurité publique et de la santé. Cet objectif est demeuré lors de l’ajout à la Loi, en 1961, des dispositions concernant les traitements. L’objet et le caractère de la Loi sont restés les mêmes, mais de nouveaux moyens s’y sont greffés pour réaliser l’objectif initial de protection de la sécurité publique et de la santé. Vu ces circonstances, il est impossible d’affirmer que l’argument du ministère public est défectueux du fait qu’il s’appuierait à tort sur le critère de l’objet « changeant ».

## 2. Le pouvoir de légiférer sur les stupéfiants

Nous allons maintenant examiner la question de savoir si la Loi résulte de l’exercice par le Parlement soit de son pouvoir résiduel de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement, soit du pouvoir que lui reconnaît le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de légiférer en matière de droit criminel, ou si, comme le prétendent les appelants, elle ne relève d’aucun de ces chefs de compétence fédérale et est en conséquence *ultra vires*.

### a) *Paix, ordre et bon gouvernement*

Il y a de cela presque 25 ans, dans une décision rendue à la majorité, notre Cour a confirmé la constitutionnalité de la Loi sur le fondement du pouvoir résiduel du Parlement de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada : *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984. S’exprimant pour la majorité, le juge Pigeon a dit que la Loi visait

66

67

Confederation and clearly cannot be put in the class of ‘Matters of a merely local or private nature’” (p. 1000). Accordingly, Pigeon J. reasoned, the subject matter of the NCA is similar to other new developments such as aviation and radio communication. Dickson J., as he then was, dissented on this point, finding that the NCA should be considered as a matter of federal criminal power, relying on the Court’s earlier decision in *Industrial Acceptance Corp. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 273, which had upheld the *Opium and Narcotic Drug Act, 1929*, under the federal criminal power.

« essentiellement un problème récent qui n’existait pas à l’époque de la Confédération et n’entr[ait] manifestement pas dans la catégorie des “Matières d’une nature purement locale ou privée” » (p. 1000). Il a donc considéré que l’objet de la Loi s’apparentait à d’autres innovations telles l’aviation et la radio-communication. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a exprimé sa dissidence sur ce point, estimant que la Loi devait être considérée comme relevant du pouvoir du fédéral de légiférer en matière de droit criminel. Au soutien de cette conclusion, il a invoqué l’arrêt *Industrial Acceptance Corp. c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 273, dans lequel notre Cour avait confirmé la constitutionnalité de la *Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1929*, en tant qu’exercice valide de ce chef de compétence fédérale.

68

The dissenting judgment of Dickson J. in *Hauser* focussed in part on whether the federal Crown had the authority to prosecute crimes (see, e.g., at p. 1011). Some commentators have speculated that the Court strained to locate the law within the POGG power because the Court was deeply divided on this issue: see, e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2002 student ed.), at p. 438. To the extent that such considerations were a factor in the thinking of the majority, the authority of the federal Attorney General to prosecute offences created under the criminal law power has since been affirmed in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206 (federal power to prosecute crimes under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 15(2) and 32(1)(c)), and *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284 (federal power to prosecute under the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 8, 9 and 26). See also *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at p. 283 (Parliament has jurisdiction to delegate powers to provincial officials to prosecute offences under the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110, s. 4).

Dans son opinion dissidente dans l’arrêt *Hauser*, le juge Dickson s’est notamment demandé si la Couronne fédérale avait le pouvoir d’intenter des poursuites pénales (voir, par exemple, p. 1011). Certains commentateurs ont avancé l’hypothèse que, parce qu’elle était profondément divisée sur la question, la Cour s’était efforcée de valider la Loi au titre de la compétence relative à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement (voir, par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. pour étudiants 2002), p. 438). Dans la mesure où ces considérations ont joué dans la décision des juges majoritaires, le pouvoir du procureur général fédéral d’engager des poursuites pour des infractions créées en vertu de la compétence fédérale relative au droit criminel a été confirmé dans *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206 (pouvoir du fédéral d’intenter des poursuites en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, par. 15(2) et al. 32(1)(c)), et *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284 (pouvoir du fédéral d’engager des poursuites en vertu de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27, art. 8, 9 et 26). Voir également *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, p. 283 (le législateur fédéral a compétence pour déléguer à des fonctionnaires provinciaux le pouvoir d’engager des poursuites relativement aux infractions prévues par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110, art. 4).

In *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, at pp. 944-45, the Court outlined three instances in which the federal residual power applies:

- (i) the existence of a national emergency;
- (ii) with respect to a subject matter which did not exist at the time of Confederation and is clearly not in a class of matters of a merely local or private nature;
- (iii) where the subject matter “goes beyond local or provincial concern and must, from its inherent nature, be the concern of the Dominion as a whole”.

It is not contended that the use of marihuana rises to the level of a national emergency. As to the second category, if, as we conclude *infra*, the NCA is a valid exercise of the criminal law power, it would not be consistent with that conclusion to uphold it under the branch of POGG that deals with “new” legislative subject matter not otherwise allocated. To that extent we disagree with the view taken by the majority in *Hauser, supra*.

These observations leave only the third category as a potential source of authority under POGG. The Attorney General of Canada contends that the control of narcotics is a legislative subject matter that “goes beyond local or provincial concern and must, from its inherent nature, be the concern of the Dominion as a whole”. He puts his position as follows:

The importation, manufacture, distribution, and use of psychoactive substances are matters having an impact on the country as a whole, and which can only be dealt with on an integrated national basis. Additionally, the international aspects are such that these matters cannot be effectively addressed at the local level.

Dans *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, p. 944-945, notre Cour a fait état de trois situations qui relèvent du pouvoir résiduel du législateur fédéral :

- (i) l’existence d’une situation d’urgence nationale;
- (ii) la matière n’existait pas à l’époque de la Confédération et ne peut manifestement pas être placée dans la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée; et
- (iii) la matière « dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble ».

Aucune des parties ne prétend que le niveau de consommation de marihuana constitue une situation d’urgence nationale. Pour ce qui est de la deuxième possibilité, si, conformément à la conclusion à laquelle nous arrivons plus loin, la Loi résulte d’une application légitime par le fédéral de sa compétence relative au droit criminel, il serait contraire à cette conclusion de confirmer la validité de la Loi sur le fondement du volet du pouvoir résiduel de légiférer, soit celui concernant les champs de compétence législative « nouveaux », non attribués. Dans cette mesure, nous sommes en désaccord avec le point de vue exprimé par les juges majoritaires dans l’arrêt *Hauser, précité*.

Compte tenu des observations qui précèdent, seul le troisième volet du pouvoir résiduel pourrait encore être invoqué comme fondement potentiel de la Loi. Le procureur général du Canada fait valoir que la réglementation des stupéfiants est un objectif législatif qui « dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble ». Voici comment il formule son point de vue :

[TRADUCTION] L’importation, la fabrication, la distribution et l’utilisation de psychotropes ont, dans l’ensemble du pays, des répercussions auxquelles l’on ne peut s’attaquer que de manière intégrée à l’échelle nationale. En outre, vu la dimension internationale du problème, la prise de mesures locales ne saurait être efficace.

69

70

71

72

We do not exclude the possibility that the NCA might be justifiable under the “national concern” branch on the rationale adopted in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, at p. 432, where we held that concerted action amongst provincial and federal entities, each acting within their respective spheres of legislative jurisdiction, was essential to deal with Canada’s international obligations regarding the environment. In our view, however, the Court should decline in this case to revisit Parliament’s residual authority to deal with drugs in general (or marihuana in particular) under the POGG power. If, as is presently one of the options under consideration, Parliament removes marihuana entirely from the criminal law framework, Parliament’s continuing legislative authority to deal with marihuana use on a purely regulatory basis might well be questioned. The Court would undoubtedly have more ample legislative facts and submissions in such a case than we have in this appeal. Our conclusion that the present prohibition against the use of marihuana can be supported under the criminal law power makes it unnecessary to deal with the Attorney General’s alternative position under the POGG power, and we leave this question open for another day.

(b) *The Criminal Law Power*

73

The federal criminal law power is “plenary in nature” and has been broadly construed:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

(*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the “*Margarine Reference*”), at p. 49)

Nous n’excluons pas la possibilité que la Loi puisse être justifiable par application du volet « intérêt national » du raisonnement adopté dans *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, p. 432, où la Cour a jugé qu’il était essentiel, pour que le Canada puisse s’acquitter de ses obligations internationales en matière d’environnement, que les provinces et le fédéral agissent de façon concertée, chacun à l’intérieur de ses champs respectifs de compétence législative. À notre avis, cependant, la Cour doit refuser en l’espèce de réexaminer la question de la compétence fédérale sur les drogues en général (ou la marihuana en particulier) découlant du pouvoir résiduel de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement. Si le Parlement retient l’une des options actuellement envisagées et soustrait entièrement la marihuana à l’application du droit criminel, son pouvoir de légiférer sur la consommation de la marihuana dans le seul but de la régir pourrait bien être remis en question. Dans un tel cas, il serait immanquablement présenté à notre Cour une plus grande quantité de faits législatifs et d’observations que les éléments dont nous disposons en l’espèce. Notre conclusion selon laquelle l’interdiction actuelle visant la consommation de la marihuana peut s’appuyer sur la compétence relative au droit criminel rend inutile l’examen de l’autre prétention du procureur général, où il invoque le pouvoir résiduel de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement. Cette question devra donc être tranchée à une autre occasion.

(b) *La compétence relative au droit criminel*

La compétence du fédéral en matière criminel comporte « la plénitude des pouvoirs » à cet égard et a été interprétée de manière généreuse :

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase clos, nous pouvons à bon droit rechercher le mal ou l’effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et le législateur a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés.

(*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le « *Renvoi sur la margarine* »), p. 49)



In the present case the “evil or injurious or undesirable effect” is the harm attributed to the non-medical use of marihuana.

For a law to be classified as a criminal law, it must possess three prerequisites: a valid criminal law purpose backed by a prohibition and a penalty (*Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 27). The criminal power extends to those laws that are designed to promote public peace, safety, order, health or other legitimate public purpose. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, it was held that some legitimate public purpose must underlie the prohibition. In *Labatt Breweries, supra*, in holding that a health hazard may ground a criminal prohibition, Estey J. stated the potential purposes of the criminal law rather broadly as including “public peace, order, security, health and morality” (p. 933). Of course Parliament cannot use its authority improperly, e.g. colourably, to invade areas of provincial competence: *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 237.

In various instances members of this Court have upheld the constitutionality of the NCA on the basis of the criminal power: *Industrial Acceptance Corp., supra*; *Hauser, supra*, per Dickson J., dissenting on this point, at p. 1060; and *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, per Laskin C.J., at p. 115. Other courts interpreting the *Opium Act* and its successors have also reached this conclusion. See, e.g., *Dufresne v. The King* (1912), 5 D.L.R. 501 (Que. K.B.), and *Ex p. Wakabayashi*, [1928] 3 D.L.R. 226 (B.C.S.C.).

The purpose of the NCA fits within the criminal law power, which includes the protection of vulnerable groups: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 595. See also *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 74-75, in which s. 251 of the *Criminal Code* prohibiting abortions except in therapeutic

Dans la présente affaire, « le mal ou l'effet nuisible ou indésirable » pour le public est le préjudice imputé à la consommation de marihuana à des fins non thérapeutiques.

Pour qu'une loi puisse être considérée comme relevant du droit criminel, elle doit comporter les trois éléments suivants : un objet valide de droit criminel assorti d'une interdiction et d'une sanction (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 27). Le droit criminel englobe les lois favorisant la paix, la sécurité, l'ordre ou la santé publics et tout autre objectif public légitime. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, notre Cour a jugé que l'interdiction devait reposer sur un objectif public légitime. Dans *Brasseries Labatt*, précité, estimant qu'un risque pour la santé pouvait justifier une interdiction de nature pénale, le juge Estey a énoncé assez largement les objectifs que peut viser le droit criminel, notamment « l'ordre, la sécurité, la santé et les bonnes mœurs publics » (p. 933). Le Parlement ne peut évidemment pas exercer son pouvoir de manière illégitime, par exemple de façon déguisée, pour empiéter sur un champ de compétence provinciale : *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 237.

Dans de nombreuses affaires, notre Cour a confirmé la constitutionnalité de la Loi au regard du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel : *Industrial Acceptance Corp.*, précité; *Hauser*, précité, le juge Dickson, dissident sur ce point, p. 1060; et *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, le juge en chef Laskin, p. 115. D'autres tribunaux appelés à interpréter la *Loi de l'opium* et les lois qui lui ont succédé sont également arrivés à cette conclusion. Voir, par exemple, *Dufresne c. The King* (1912), 5 D.L.R. 501 (B.R. Qué.), et *Ex p. Wakabayashi*, [1928] 3 D.L.R. 226 (C.S.C.-B.).

L'objectif de la Loi correspond au chef de compétence relatif au droit criminel, lequel vise notamment la protection des groupes vulnérables : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 595. Voir également l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 74-75, où notre Cour a jugé que l'art. 251 du

74

75

76

situations was held to have a valid objective, namely protecting the life and health of pregnant women, although it failed the s. 1 test on other grounds. On somewhat related issues arising under the *Charter*, the protection of vulnerable groups has also been upheld under s. 1 as a valid federal objective of the exercise of the criminal law power. In *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, we upheld s. 163.1(4) of the *Criminal Code* prohibiting the possession of child pornography, noting that the prevention of harm threatening vulnerable members of society is a valid limit on freedom of expression. Similarly in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 497, we concluded that “legislation proscribing obscenity is a valid objective which justifies some encroachment on the right to freedom of expression”. In so doing, we emphasized the impact of the exploitation of women and children, depicted in publications and films, which can in certain circumstances, lead to “abject and servile victimization”. In *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, we held that the restrictions on free speech imposed by the hate speech provision in the *Criminal Code* was a justifiable limit under s. 1 because of potential attacks on minorities.

77

The protection of vulnerable groups from self-inflicted harms does not, as Caine argues, amount to no more than “legal moralism”. Morality has traditionally been identified as a legitimate concern of the criminal law (*Labatt Breweries, supra*, at p. 933) although today this does not include mere “conventional standards of propriety” but must be understood as referring to societal values beyond the simply prurient or prudish: *Butler, supra*, at p. 498; *R. v. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43 (Ont. C.A.), at para. 32. The protection of the chronic users identified by the trial judge, and adolescents who may not yet have become chronic users, but who have the potential to do so,

*Code criminel* — qui interdisait l’avortement sauf à des fins thérapeutiques — poursuivait un objectif valable, celui de protéger la vie et la santé des femmes enceintes, quoiqu’il n’ait pas satisfait à d’autres égards à l’analyse fondée sur l’article premier. Relativement à des questions sensiblement analogues soulevées en vertu de la *Charte*, notre Cour a également conclu, en application de l’article premier, que la protection de groupes vulnérables était un objectif valable justifiant l’exercice par le fédéral de sa compétence en matière de droit criminel. Dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, nous avons confirmé la constitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code criminel*, qui interdit la possession de pornographie juvénile, en signalant qu’une atteinte à la liberté d’expression visant à prévenir un préjudice menaçant des membres vulnérables de la société constitue une mesure valide. De même, dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 497, notre Cour a conclu que « l’interdiction de l’obscénité dans un texte législatif constitue un objectif valide qui justifie une certaine atteinte au droit à la liberté d’expression ». Ce faisant, nous avons souligné les répercussions de l’exploitation des femmes et des enfants dans les publications et les films, phénomène qui peut dans certaines circonstances conduire à une « victimisation abjecte et servile ». Dans *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, nous avons conclu que les limites apportées à la liberté d’expression par la disposition du *Code criminel* relative à la propagande haineuse étaient justifiées au regard de l’article premier, en raison du risque d’agression contre des minorités.

Contrairement aux prétentions de M. Caine, la protection de groupes vulnérables contre les préjudices que leurs membres sont susceptibles de s’infliger à eux-mêmes n’équivaut pas seulement, à du [TRADUCTION] « moralisme juridique ». Les bonnes mœurs sont depuis toujours considérées comme une préoccupation légitime du droit criminel (*Brasseries Labatt, précité*, p. 933), bien que, de nos jours, cette notion ne vise pas de simples « normes de bienséance traditionnelles », mais s’entend des valeurs sociétales dépassant les attitudes pudiques ou prudes : *Butler, précité*, p. 498; *R. c. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43 (C.A. Ont.), par. 32. La protection des consommateurs

is a valid criminal law objective. In *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, the Court held at para. 131 that “Parliament has for long exercised extensive control over such matters as food and drugs by prohibitions grounded in the criminal law power”. See also *Berryland Canning Co. v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 91 (T.D.), at pp. 94-95; *Standard Sausage Co. v. Lee* (1933), 60 C.C.C. 265 (B.C.C.A.), supplemented by addendum at (1934), 61 C.C.C. 95. In our view, the control of a “psychoactive drug” that “causes alteration of mental function” clearly raises issues of public health and safety, both for the user as well as for those in the broader society affected by his or her conduct.

The use of marihuana is therefore a proper subject matter for the exercise of the criminal law power. *Butler* held, at p. 504, that if there is a reasoned apprehension of harm Parliament is entitled to act, and in our view Parliament is also entitled to act on reasoned apprehension of harm even if on some points “the jury is still out”. In light of the concurrent findings of “harm” in the courts below, we therefore confirm that the NCA in general, and the scheduling of marihuana in particular, properly fall within Parliament’s legislative competence under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

Prior to the enactment of the *Charter* in 1982, that finding, which validates the exercise of the criminal law power, would have ended the appellants’ challenge. Now, of course, Parliament must not only find legislative authority within the *Constitution Act, 1867*, but it must exercise that authority subject to the individual rights and freedoms guaranteed by the *Charter*.

chroniques mentionnés par la juge du procès, ainsi que des adolescents qui ne sont pas encore des consommateurs chroniques mais sont susceptibles de le devenir, est un objectif valable du droit criminel. Dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, notre Cour a jugé, au par. 131, que « le Parlement exerce depuis longtemps un vaste contrôle sur des matières comme les aliments et drogues au moyen d’interdictions fondées sur la compétence en matière de droit criminel ». Voir également *Berryland Canning Co. c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 91 (1<sup>re</sup> inst.), p. 94-95; ainsi que l’arrêt *Standard Sausage Co. c. Lee* (1933), 60 C.C.C. 265 (C.A.C.-B.), qui a été complété par des motifs additionnels publiés à (1934), 61 C.C.C. 95. À notre avis, la réglementation d’une [TRADUCTION] « drogue psychoactive » qui « agit sur les fonctions mentales » soulève manifestement des questions de santé et de sécurité publiques, tant en ce qui concerne le consommateur lui-même que les personnes dans la société qui sont touchées par son comportement.

La consommation de marihuana peut donc à juste titre faire l’objet de mesures édictées en vertu de la compétence relative au droit criminel. Dans l’arrêt *Butler*, p. 504, notre Cour a conclu que le Parlement peut agir sur le fondement d’une crainte raisonnée de préjudice et, à notre avis, il peut également intervenir sur le fondement d’une crainte raisonnée de préjudice même si, à l’égard de certains aspects de la question, « la situation n’est pas encore nette ». Au vu des conclusions concordantes des juridictions inférieures sur la question du « préjudice », nous confirmons que la Loi en général et l’inscription de la marihuana à l’annexe en particulier, ressortissent à la compétence législative reconnue au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Avant l’adoption de la *Charte* en 1982, cette conclusion, qui valide l’exercice de la compétence relative au droit criminel, aurait suffi pour débouter les appelants. Dorénavant, évidemment, lorsque le Parlement légifère, il doit non seulement avoir le pouvoir de le faire en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* mais également exercer ce pouvoir en tenant compte des droits et des libertés que la *Charte* garantit à chacun.

80 We therefore turn to the appellants' *Charter* arguments.

E. *Section 7 of the Charter*

81 The appellant Malmo-Levine argues that smoking marihuana is integral to his preferred lifestyle, and that the criminalization of marihuana in both its possession and trafficking aspects is an unacceptable infringement of his personal liberty.

82 The appellant Caine, on the other hand, takes aim at the potential for imprisonment for conviction of possession of marihuana, and argues that imprisonment for such an offence is not in accordance with the principles of fundamental justice. If the penalty falls, he says, the substantive offence must fall with it.

83 These "liberty" interests are, of course, very different. We propose therefore first to identify the s. 7 "interest" properly at stake, then secondly to discuss the applicable principles of fundamental justice. Thirdly we will examine whether the deprivation of the s. 7 interest thus identified is in accordance with the principles of fundamental justice relevant to these appeals. As will be seen, we find no s. 7 infringement. It will therefore not be necessary to move to s. 1 to determine if an infringement would be justified in a free and democratic society.

1. The Interests at Stake

84 We say at once that the availability of imprisonment for the offence of simple possession is sufficient to trigger s. 7 scrutiny: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. However, Malmo-Levine's position (which is supported by the intervenor British Columbia Civil Liberties Association) requires us to address whether broader considerations of personal autonomy, short of imprisonment, are also sufficient to invoke s. 7 protection. The appellant Caine, whose factum talks of

Nous allons maintenant examiner les arguments des appelants fondés sur la *Charte*.

E. *L'article 7 de la Charte*

L'appellant Malmo-Levine soutient que fumer de la marihuana fait partie intégrante du mode de vie qu'il privilégie et que la criminalisation de la possession et du trafic de la marihuana constitue une atteinte inadmissible à sa liberté personnelle.

Pour sa part, l'appellant Caine attaque la menace d'emprisonnement que fait peser une déclaration de culpabilité pour possession de marihuana et plaide qu'une telle peine n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Si la peine est invalidée, l'infraction doit l'être aussi, dit-il.

Ces atteintes à la « liberté » sont évidemment très différentes. Nous nous proposons donc de déterminer d'abord quel « droit » garanti par l'art. 7 est en jeu, puis d'examiner les principes de justice fondamentale applicables. Enfin, nous nous demanderons si la privation du droit garanti par l'art. 7 qui aura été identifié est conforme aux principes de justice fondamentale pertinents dans les présents pourvois. Comme nous l'expliquons plus loin, nous estimons qu'il n'a pas été porté atteinte aux droits garantis par l'art. 7. Il ne sera donc pas nécessaire de faire l'analyse requise par l'article premier lorsqu'il y a atteinte et de se demander s'il s'agit d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

1. Les droits en jeu

Nous affirmons d'emblée que la possibilité d'emprisonnement pour simple possession de marihuana suffit pour justifier un examen fondé sur l'art. 7 : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Toutefois, la thèse de M. Malmo-Levine (que défend également l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association) nous contraint à décider si des considérations d'autonomie personnelle plus générales, moins graves que l'emprisonnement, permettent également d'invoquer la

the “fun” or “social” use of cannabis, writes, at para. 30:

It is submitted that a decision whether or not to possess and consume Cannabis (marijuana), even if potentially harmful to the user, is analogous to the decision by an individual as to what food to eat or not eat and whether or not to eat fatty foods, and as such is a decision of fundamental personal importance involving a choice made by the individual involving that individual’s personal autonomy.

In *Morgentaler, supra*, Wilson J. suggested that liberty “grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance”, “without interference from the state” (p. 166). Liberty accordingly means more than freedom from physical restraint. It includes “the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference”: *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66; *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 80. This is true only to the extent that such matters “can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence”: *Godbout, supra*, at para. 66. See also *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at para. 54; *Buhlers v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (1999), 170 D.L.R. (4th) 344 (B.C.C.A.), at para. 109; *Horsefield v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73 (C.A.).

While we accept Malmo-Levine’s statement that smoking marihuana is central to his lifestyle, the Constitution cannot be stretched to afford protection to whatever activity an individual chooses to define as central to his or her lifestyle. One individual chooses to smoke marihuana; another has an obsessive interest in golf; a third is addicted to gambling.

protection de l’art. 7. L’appelant Caine, qui parle dans son mémoire de consommation [TRADUCTION] « récréative » ou « sociale » de cannabis, écrit ce qui suit, au par. 30 :

[TRADUCTION] On prétend que la décision d’avoir du cannabis (de la marihuana) en sa possession ou d’en consommer, même si cela peut être préjudiciable au consommateur, est analogue à la décision de manger certains aliments plutôt que d’autres, de manger ou non des aliments gras; il s’agit en conséquence d’une décision d’importance personnelle fondamentale comportant un choix de l’intéressé, qui touche à son autonomie personnelle.

Dans l’arrêt *Morgentaler*, précité, p. 166, la juge Wilson a émis l’opinion que le droit à la liberté « confère à l’individu une marge d’autonomie dans la prise de décisions d’importance fondamentale pour sa personne », « sans intervention de l’État ». En conséquence, la liberté n’est pas que l’absence de contraintes physiques. Elle s’entend aussi du « droit à une sphère irréductible d’autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l’État » : *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66; *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 80. Cette affirmation ne vaut que dans la mesure où les sujets en cause « peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d’essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles » : *Godbout*, précité, par. 66. Voir également *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, par. 54; *Buhlers c. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (1999), 170 D.L.R. (4th) 344 (C.A.C.-B.), par. 109; *Horsefield c. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)* (1999), 44 O.R. (3d) 73 (C.A.).

Bien que nous soyons prêts à admettre que fumer de la marihuana constitue pour M. Malmo-Levine un aspect central de son mode de vie, la portée de la Constitution ne saurait être élargie pour protéger toute activité qu’une personne choisit de définir comme essentielle à son mode de vie. Il y a des personnes qui choisissent de fumer de la

The appellant Caine invokes a taste for fatty foods. A society that extended constitutional protection to any and all such lifestyles would be unworkable. Lifestyle choices of this order are not, we think, “basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence” (*Godbout, supra*, at para. 66).

87 In our view, with respect, Malmo-Levine’s desire to build a lifestyle around the recreational use of marijuana does not attract *Charter* protection. There is no free-standing constitutional right to smoke “pot” for recreational purposes.

88 The appellants also invoke their s. 7 interest in “security of the person”. In *Morgentaler, supra*, Dickson C.J. accepted that “serious state-imposed psychological stress” (p. 56 (emphasis added)) would suffice to infringe this interest. The appellants, however, contend that use of marijuana is non-addictive. Prohibition would not therefore lead to a level of stress that is constitutionally cognizable. A very different issue would arise if the marijuana was required for medical purposes, but neither appellant uses marijuana for such a purpose.

89 The availability of imprisonment is a different matter. We have no doubt that the risk of being sent to jail engages the appellants’ liberty interest. Accordingly, it is necessary to move to the next stage of the s. 7 analysis to determine what are the relevant principles of fundamental justice and whether this risk of deprivation of liberty is in accordance with the principles of fundamental justice.

## 2. Principles of Fundamental Justice

90 The appellants accept that Parliament may act to avoid harm to others without violating

marijuana, alors que certaines sont obsédées par le golf et d’autres s’adonnent compulsivement aux jeux de hasard. L’appellant Caine parle même d’un goût pour les aliments gras. Une société qui étendrait la protection de sa Constitution à de telles préférences personnelles serait ingouvernable. Selon nous, de telles décisions concernant le mode de vie ne sont pas « des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles » (*Godbout, précité*, par. 66).

En toute déférence, nous estimons que la décision de M. Malmo-Levine de centrer son mode de vie sur la consommation récréative de marijuana ne bénéficie pas de la protection de la *Charte*. Il n’existe pas en soi de droit constitutionnel de fumer du « pot » à des fins récréatives.

Les appelants invoquent aussi le droit à la « sécurité de [leur] personne » que leur garantit l’art. 7. Dans l’arrêt *Morgentaler*, précité, p. 56, le juge en chef Dickson a reconnu que « la tension psychologique grave causée par l’État » (nous soulignons) suffit pour qu’il y ait atteinte à ce droit. Toutefois, comme les appelants soutiennent que la consommation de marijuana ne crée pas de dépendance, l’interdiction frappant cette substance ne pourrait donc pas avoir pour effet de créer un niveau de tension faisant intervenir un droit constitutionnel. La question serait très différente si les appelants fumaient de la marijuana à des fins thérapeutiques, mais ce n’est le cas d’aucun d’eux.

Il en va autrement de la possibilité d’emprisonnement. Il ne fait aucun doute à notre avis que le risque que courent les appelants d’être envoyés en prison met en jeu leur droit à la liberté. Par conséquent, il est nécessaire de passer à l’étape suivante de l’analyse fondée sur l’art. 7 et de se demander quels sont les principes de justice fondamentale pertinents et si ce risque de privation de liberté est conforme à ces principes.

## 2. Les principes de justice fondamentale

Les appelants reconnaissent que le Parlement peut prendre des mesures pour éviter que des

principles of fundamental justice. They focus on the alleged absence of such harm, and contend that it is a denial of fundamental justice to deprive them of their liberty where such denial does not enhance a legitimate interest of the state. To hold otherwise, they say, would require the courts to endorse the arbitrary or irrational use of the criminal law power, contrary to the principles of fundamental justice. As Sopinka J. stated in *Rodriguez, supra*, at p. 594:

Where the deprivation of the right in question does little or nothing to enhance the state's interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual's rights will have been deprived for no valid purpose.

The appellants' s. 7 arguments have several branches predicated on the requirement of harm. First, they argue that the only permissible target of the criminal law is harm to others; in their view, the criminal law cannot prohibit conduct that harms only the accused. Second, they argue that, in any event, marijuana is not a harmful substance, so that the prohibition of simple possession is arbitrary or irrational. Third, they argue that the criminalization of cannabis possession has adverse consequences, both for those users who are charged and convicted and, because of the disrespect engendered by the law, for the administration of justice generally, that are wholly disproportionate to the societal interests sought to be served by the prohibition. Finally, they submit that the criminalization of cannabis possession is discriminatory and unfair, in light of Parliament's failure to criminalize the possession and use of alcohol and tobacco.

personnes subissent un préjudice, sans pour autant porter atteinte aux principes de justice fondamentale. Ils plaident l'absence de préjudice et prétendent que le fait de les priver de leur liberté constitue une négation de leur droit à la justice fondamentale, négation qui ne favorise pas un intérêt légitime de l'État. Selon eux, toute autre conclusion exigerait des tribunaux qu'ils avalisent l'exercice arbitraire ou irrationnel de la compétence relative au droit criminel, en contravention des principes de justice fondamentale. Comme l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, p. 594 :

Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien pour promouvoir l'intérêt de l'État (quel qu'il puisse être), il me semble qu'une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n'aura servi aucune fin valable.

Les arguments avancés par les appelants sur le fondement de l'art. 7 comportent plusieurs volets qui supposent l'exigence d'un préjudice. Premièrement, les appelants affirment que la seule raison susceptible de justifier une mesure législative de nature criminelle est la prévention d'un préjudice à autrui; selon eux, le droit criminel ne peut interdire un comportement qui ne cause préjudice qu'à son auteur. Deuxièmement, ils avancent que, de toute manière, la marijuana n'est pas une substance nocive et que, en conséquence, le fait d'interdire la simple possession de cette substance est une mesure arbitraire ou irrationnelle. Troisièmement, ils soutiennent que la criminalisation de la possession de cannabis a, tant sur les consommateurs qui sont accusés et reconnus coupables de l'infraction en question que sur l'administration de la justice en général — à cause de la déconsidération de la loi qu'engendre cette mesure — des effets néfastes qui sont tout à fait disproportionnés aux intérêts sociétaux que l'interdiction est censée favoriser. Enfin, ils affirment que la décision du Parlement de criminaliser la possession de cannabis constitue une mesure discriminatoire et inéquitable, étant donné que celui-ci ne criminalise pas la possession et la consommation d'alcool et de tabac.

92 The appellant Malmo-Levine further submits that any harm-based analysis should focus on the healthy user who engages in harm-reduction strategies. He argues that the Court of Appeal erred “when they characterized the harms that may come with cannabis use as inherent, instead of a product of mis-cultivation, mis-distribution and mis-use” (Malmo-Levine’s factum, at para. 2).

93 We will deal first with a number of preliminary points raised by the appellants.

(a) *The Propriety of Balancing Societal and Individual Interests in Section 7*

94 The appellant Caine submits that the British Columbia Court of Appeal erred in importing into s. 7 a number of societal interests that have nothing to do with the “principles of fundamental justice” but that he says should be considered, if at all, under a s. 1 justification. In other words, he argues that societal interests are not relevant to defining the right granted under s. 7 but only to determining whether a limit on that right is a reasonable one prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

95 Braidwood J.A. considered that “the operative principle of fundamental justice” in these cases is the harm principle (see para. 159). However, having concluded that the prohibition against simple possession complies with the harm principle, he went on to consider a second question — “whether the NCA strikes the ‘right balance’ between the rights of the individual and the interests of the State” (para. 160). As authority for this approach, reference was made to *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive*

L’appellant Malmo-Levine prétend en outre que toute analyse axée sur le préjudice doit s’attacher aux consommateurs qui sont en bonne santé et prennent des mesures pour réduire le préjudice. Il ajoute que la Cour d’appel a commis une erreur [TRADUCTION] « en qualifiant d’intrinsèques les effets préjudiciables susceptibles de découler de la consommation de cannabis, au lieu de les considérer comme le résultat de méthodes inadéquates de culture, de distribution et de consommation » (mémoire de Malmo-Levine, par. 2).

Nous examinerons tout d’abord un certain nombre de points préliminaires soulevés par les appellants.

a) *Le bien-fondé de la pondération des intérêts de la société et des droits de l’individu dans l’analyse requise par l’art. 7*

L’appellant Caine plaide que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a eu tort de tenir compte, dans l’analyse fondée sur l’art. 7, d’un certain nombre d’intérêts sociétaux qui n’ont aucun rapport avec les « principes de justice fondamentale », et qui, à son avis, ne devraient être pris en considération, si tant est qu’ils doivent l’être, que pour justifier une atteinte conformément à l’article premier. En d’autres mots, il soutient que les intérêts sociétaux ne sont pas pertinents pour définir le droit garanti à l’art. 7, mais seulement pour décider si le droit est restreint par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique.

Le juge Braidwood de la Cour d’appel a estimé que, en l’espèce, le [TRADUCTION] « principe de justice fondamentale applicable » était le principe du préjudice (voir le par. 159). Cependant, après avoir conclu que l’interdiction de la simple possession était conforme au principe du préjudice, il s’est penché sur une deuxième question, celle de savoir [TRADUCTION] « si la *Loi sur les stupéfiants* établit un “juste équilibre” entre les droits de l’individu et les intérêts de l’État » (par. 160). Les arrêts suivants ont été mentionnés au soutien de cette approche : *Cunningham c. Canada*,



*Trade Practices Commission*), [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539, *per* La Forest J.; and *Rodriguez, supra*, at pp. 592-93, *per* Sopinka J. Prowse J.A., in dissent, engaged in a similar balancing exercise.

We do not think that these authorities should be taken as suggesting that courts engage in a free-standing inquiry under s. 7 into whether a particular legislative measure “strikes the right balance” between individual and societal interests in general, or that achieving the right balance is itself an overarching principle of fundamental justice. Such a general undertaking to balance individual and societal interests, *independent of any identified principle of fundamental justice*, would entirely collapse the s. 1 inquiry into s. 7. The procedural implications of such a collapse are significant. Counsel for the appellant Caine, for example, urges that the appellants having identified a threat to the liberty or security of the person, the evidentiary onus should switch at once to the Crown *within* s. 7 “to provide evidence of the significant harm that it relies upon to justify the use of criminal sanctions” (Caine’s factum, at para. 24).

We do not agree. In *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, a majority of this Court pointed out that, despite certain similarities between the balancing of interests in ss. 7 and 1, there are important differences. Firstly, the issue under s. 7 is the delineation of the boundaries of the rights and principles in question whereas under s. 1 the question is whether an infringement may be justified (para. 66). Secondly, it was affirmed that under s. 7 it is the claimant who bears the onus of proof throughout. It is only if an infringement of s. 7 is established that the onus switches to the Crown to justify the infringement under s. 1. Thirdly, the range of interests to be taken into account under s. 1 is

[1993] 2 R.C.S. 143; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 539, le juge La Forest; *Rodriguez*, précité, p. 592-593, le juge Sopinka. La juge Prowse a procédé à une pondération similaire dans ses motifs de dissidence.

Nous ne croyons pas que ces arrêts indiquent que les tribunaux doivent, en vertu de l’art. 7, se livrer à un examen distinct pour décider si une mesure législative donnée établit un « juste équilibre » entre les droits de l’individu et les intérêts de la société en général, ou que l’établissement d’un juste équilibre constitue en soi un principe de justice fondamentale dominant. Une telle démarche générale de mise en balance des droits individuels et des intérêts sociétaux, *sans égard à un principe de justice fondamentale déterminé*, intègre entièrement l’examen que commande l’article premier à l’analyse fondée sur l’art. 7. Les conséquences procédurales d’une telle « fusion » sont considérables. Par exemple, selon l’avocat de l’appellant Caine, comme les appelants ont établi l’existence d’une menace à leur liberté ou à la sécurité de leur personne, la charge de la preuve est immédiatement inversée et il incombe alors au ministère public, *dans l’analyse fondée sur l’art. 7*, [TRADUCTION] « de faire la preuve du préjudice important qu’il invoque pour justifier le recours à des sanctions pénales » (mémoire de Caine, par. 24).

Nous ne sommes pas d’accord. Dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, les juges majoritaires de notre Cour ont souligné que, malgré certaines similitudes entre la pondération des droits et intérêts faite dans l’application de l’art. 7 et celle faite dans l’application de l’article premier, ces pondérations présentent néanmoins des différences importantes. Premièrement, la question qui se pose en vertu de l’art. 7 est celle de la délimitation des droits et des principes en cause tandis que la question qui se pose en vertu de l’article premier est de savoir si une atteinte peut être justifiée (par. 66). Deuxièmement, il a été jugé que, dans l’application de l’art. 7, la charge de la preuve appartient au demandeur à

much broader than those relevant to s. 7. The Court said in *Mills*, at para. 67:

Because of these differences, the nature of the issues and interests to be balanced is not the same under the two sections. As Lamer J. (as he then was) stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503: “the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system”. In contrast, s. 1 is concerned with the values underlying a free and democratic society, which are broader in nature. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated, at p. 136, that these values and principles “embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society”. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 737, Dickson C.J. described such values and principles as “numerous, covering the guarantees enumerated in the *Charter* and more”.

98

The balancing of individual and societal interests within s. 7 is only relevant when elucidating a particular principle of fundamental justice. As Sopinka J. explained in *Rodriguez*, *supra*, “in arriving at these principles [of fundamental justice], a balancing of the interest of the state and the individual is required” (pp. 592-93 (emphasis added)). Once the principle of fundamental justice has been elucidated, however, it is not within the ambit of s. 7 to bring into account such “societal interests” as health care costs. Those considerations will be looked at, if at all, under s. 1. As Lamer C.J. commented in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 977:

It is not appropriate for the state to thwart the exercise of the accused’s right by attempting to bring societal

toutes les étapes de l’analyse. Ce n’est que si une atteinte à l’art. 7 est établie qu’il incombe au ministre public de la justifier conformément à l’article premier. Troisièmement, l’éventail des intérêts à prendre en considération pour l’application de l’article premier est beaucoup plus large que pour l’art. 7. Dans l’arrêt *Mills*, notre Cour a dit ceci, au par. 67 :

À cause de ces différences, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués n’est pas la même pour les deux articles. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l’a dit dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique ». Par contre, l’article premier touche les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique, qui sont plus larges par nature. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson a affirmé, à la p. 136, que ces valeurs et ces principes « comprennent [ . . . ] le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société ». Dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 737, le juge en chef Dickson a décrit ces valeurs et principes comme étant « nombreux, englobant les garanties énumérées dans la *Charte* et plus encore ».

La pondération des droits individuels et des intérêts sociétaux dans l’analyse fondée sur l’art. 7 n’est pertinente que pour préciser un principe de justice fondamentale en particulier. Comme l’a expliqué le juge Sopinka dans l’arrêt *Rodriguez*, précité, « pour établir ces principes [de justice fondamentale], il est nécessaire de pondérer les intérêts de l’État et ceux de l’individu » (p. 592-593 (nous soulignons)). Cependant, une fois précisé le principe de justice fondamentale en cause, la prise en compte d’« intérêts sociétaux » tels les coûts des soins de santé ne fait plus partie de l’analyse fondée sur l’art. 7. Ces considérations seront examinées, si tant est qu’elles le sont, dans l’application de l’article premier. Comme l’a fait observer le juge en chef Lamer dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 977 :

Il n’est pas acceptable que l’État puisse contrecarrer l’exercice du droit de l’accusé en tentant de faire jouer

interests into the principles of fundamental justice and to thereby limit an accused's s. 7 rights. Societal interests are to be dealt with under s. 1 of the *Charter*, where the Crown has the burden of proving that the impugned law is demonstrably justified in a free and democratic society.

The principles of fundamental justice asserted by the appellants include the contentions that their conduct should only be the subject of criminal sanction to the extent it harms others, that the state cannot infringe their interests in an arbitrary or irrational manner, or impose criminal sanctions that are disproportionate to the importance of the state interest sought to be protected. Implicit in each of these principles is, of course, the recognition that the appellants do not live in isolation but are part of a larger society. The delineation of the principles of fundamental justice must inevitably take into account the social nature of our collective existence. To that limited extent, societal values play a role in the delineation of the boundaries of the rights and principles in question.

(b) *Malmo-Levine's "Harm Reduction" Argument*

We wish to be clear that we do not accept Malmo-Levine's argument that Parliament should proceed on the assumption that users will use marijuana "responsibly". We accept his point that careful use can *mitigate* the harmful effects, but it is open to Parliament to proceed on the more reasonable assumption that psychoactive drugs will to some extent be misused. Indeed, the evidence indicates the existence of both use and misuse by chronic users and by vulnerable groups who cause harm to themselves.

(c) *Malmo-Levine's Pleasure Principle*

Malmo-Levine's related argument, that the pleasure of a large number of people should not be curtailed because of (he says) relatively minor

les intérêts de la société dans l'application des principes de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article premier de la *Charte*, lorsqu'il incombe au ministère public de démontrer que la justification de la règle de droit attaquée peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Selon les appelants, les principes de justice fondamentale emportent que leur comportement ne doit les exposer à une sanction pénale que dans la mesure où il cause préjudice à autrui et que l'État ne peut porter atteinte à leurs droits d'une manière arbitraire ou irrationnelle, ni leur infliger une sanction pénale disproportionnée à l'importance de l'intérêt général en cause. Il va de soi qu'en énonçant chacun de ces principes les appelants reconnaissent implicitement qu'ils ne vivent pas en vase clos et font partie d'une société plus large. Dans la détermination des principes de justice fondamentale, il faut nécessairement prendre en considération la nature sociale de notre existence collective. Ce n'est que dans cette mesure que les valeurs sociétales jouent un rôle dans la définition de la portée des droits et des principes en question.

b) *L'argument de M. Malmo-Levine fondé sur la « réduction du préjudice »*

Nous tenons à préciser que nous n'acceptons pas la prétention de M. Malmo-Levine selon laquelle le Parlement doit supposer que la marijuana sera consommée « de manière responsable ». Nous admettons son argument qu'une consommation prudente peut *atténuer* les effets préjudiciables, mais il est loisible au Parlement de présumer, plus raisonnablement, que les drogues psychoactives seront jusqu'à un certain point utilisées sans discernement. D'ailleurs, la preuve révèle qu'il y a à la fois usage et mésusage par les consommateurs chroniques et par les membres de groupes vulnérables qui se font du tort à eux-mêmes.

c) *Le principe du plaisir invoqué par M. Malmo-Levine*

L'argument connexe de M. Malmo-Levine — à savoir que le plaisir du plus grand nombre ne devrait pas être compromis à cause (selon lui) d'un

harm to a minority, is similarly misplaced under s. 7. Utilitarian arguments that urge a cost-benefit calculation of alleged benefit to the many versus alleged harm to the few, to the extent such arguments are relevant under the *Charter*, belong in s. 1. The appellants must first of all establish a violation of their s. 7 rights. Only if they are able to do so is the government then required to show that the purported limitation is demonstrably justified in a free and democratic society.

(d) *The “Harm Principle”*

102

The appellants contend that unless the state can establish that the use of marihuana is harmful to others, the prohibition against simple possession cannot comply with s. 7. Our colleague Arbour J. accepts this proposition as correct to the extent that “the state resorts to imprisonment” (para. 244). Accordingly, a closer look at the alleged “harm principle” is called for.

103

We should be clear about the direction of the appellants’ argument. It is agreed by all parties that the *existence* of harm, especially harm to others, is a state interest sufficient to ground the exercise of the criminal law power. The appellants’ contention, however, is that the *absence* of demonstrated harm to others deprives Parliament of the power to impose criminal liability. That is what they call the “harm principle”.

104

We think it right to state at the outset that we do not agree that the “harm principle” plays the *essential* role assigned to it by the appellants in testing the criminal law against the requirements of the *Charter*. Further, with respect to our colleague’s focus on the availability (if not the imposition) of imprisonment for the simple possession of marihuana, we think the punishment debate is more appropriately addressed under s. 12 of the *Charter* (“cruel and unusual

préjudice relativement peu important subi par une minorité — n’a pas non plus sa place dans l’analyse fondée sur l’art. 7. Dans la mesure où ils sont pertinents pour l’application de la *Charte*, relèvent alors de l’analyse fondée sur l’article premier les arguments utilitaires commandant une analyse coûts-bénéfices des avantages dont jouirait la majorité par rapport aux inconvénients que subirait la minorité. Les appelants doivent tout d’abord établir qu’il a été porté atteinte aux droits que leur garantit l’art. 7. Ce n’est que s’ils y parviennent qu’il incombe ensuite à l’État de montrer qu’il s’agit d’une restriction dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

d) *Le « principe du préjudice »*

Les appelants font valoir que l’interdiction visant l’usage de la marihuana ne peut être conforme à l’art. 7 que si l’État peut prouver que la simple possession de cette substance est préjudiciable à autrui. Notre collègue la juge Arbour considère cette prétention comme fondée dans la mesure où « l’État a recours à l’emprisonnement » (par. 244). En conséquence, un examen plus approfondi du « principe du préjudice » ainsi invoqué s’impose.

Il est important de bien saisir le sens de l’argument des appelants. Toutes les parties conviennent que l’*existence* d’un préjudice, particulièrement un préjudice à autrui, constitue pour l’État un intérêt suffisant le justifiant d’exercer son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel. De prétendre les appelants, toutefois, l’*absence* de préjudice à autrui prive le Parlement du pouvoir d’imputer quelque responsabilité criminelle que ce soit. Voilà ce que les appelants entendent par « principe du préjudice ».

Il nous paraît toutefois opportun de préciser d’entrée de jeu que nous ne croyons pas que le « principe du préjudice » joue le rôle *essentiel* que lui attribuent les appelants dans l’appréciation des règles de droit criminel au regard des exigences de la *Charte*. De plus, en ce qui concerne l’accent que met notre collègue sur la possibilité d’emprisonnement (sinon la condamnation à cette peine) pour l’infraction de simple possession de marihuana, nous estimons

treatment or punishment”), rather than under s. 7, although clearly it has implications for both s. 7 and s. 1, as will shortly be discussed.

The British Columbia Court of Appeal also dealt with this case on the premise that the harm principle was a controlling principle under s. 7 of the *Charter*. It is therefore appropriate that we deal with it in some detail.

(i) History and Definition of the Harm Principle

What is the “harm principle”? The appellants rely, in particular, on the writings of the liberal theorist, J. S. Mill, who attempted to establish clear boundaries for the permissible intrusion of the state into private life:

The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. . . . The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign. [Emphasis added.]

(J. S. Mill, *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at pp. 8-9)

Thus Mill’s principle has two essential features. First, it rejects paternalism — that is, the prohibition of conduct that harms only the actor. Second, it excludes what could be called “moral harm”. Mill was of the view that such moral claims are insufficient to justify use of the criminal law. Rather, he

qu’il est plus opportun de débattre la question de la peine au regard de l’art. 12 de la *Charte* (« traitements ou peines cruels et inusités ») que de l’art. 7, bien que cette question intéresse manifestement l’art. 7 et l’article premier, comme nous l’expliquons un peu plus loin.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a elle aussi examiné l’affaire en tenant pour acquis que le principe du préjudice est un principe dominant pour l’application de l’art. 7 de la *Charte*. Il convient donc que nous examinons ce principe plus en détail.

(i) Historique et définition du principe du préjudice

Qu’est-ce que le « principe du préjudice »? Les appelants s’appuient en particulier sur les écrits du théoricien libéral J. S. Mill, qui a tenté d’établir clairement les limites de l’ingérence légitime de l’État dans la vie privée :

L’objet de cet essai est de poser un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l’individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l’opinion publique. Ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d’action de quiconque que pour assurer leur propre protection. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l’empêcher de nuire aux autres. Contraindre quiconque pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante. [. . .] Le seul aspect de la conduite d’un individu qui soit du ressort de la société est celui qui concerne les autres. Mais pour ce qui ne concerne que lui, son indépendance est, de droit, absolue. Sur lui-même, sur son corps et son esprit, l’individu est souverain. [Nous soulignons.]

(J. S. Mill, *De la liberté* (1990), trad. L. Lenglet, p. 74-75)

Le principe dégagé par Mill comporte donc deux caractéristiques essentielles. Premièrement, il rejette le paternalisme — c’est-à-dire l’interdiction d’un comportement qui ne cause préjudice qu’à son auteur. Deuxièmement, il exclut ce que l’on pourrait appeler le « préjudice moral ». Selon Mill, de telles

105

106

107

required clear and tangible harm to the rights and interests of others.

108

At the same time, Mill acknowledged an exception to his requirement of harm “to others” for vulnerable groups. He wrote that “this doctrine is meant to apply to human beings in the maturity of their faculties. . . . Those who are still in a state to require being taken care of by others, must be protected against their own actions as well as against external injury” (p. 9).

109

Mill’s statement has the virtues of insight and clarity but he was advocating certain general philosophical principles, not interpreting a constitutional document. Moreover, even his philosophical supporters have tended to agree that justification for state intervention cannot be reduced to a single factor — harm — but is a much more complex matter. One of Mill’s most distinguished supporters, Professor H. L. A. Hart, wrote:

Mill’s formulation of the liberal point of view may well be too simple. The grounds for interfering with human liberty are more various than the single criterion of ‘harm to others’ suggests: cruelty to animals or organizing prostitution for gain do not, as Mill himself saw, fall easily under the description of harm to others. Conversely, even where there is harm to others in the most literal sense, there may well be other principles limiting the extent to which harmful activities should be repressed by law. So there are multiple criteria, not a single criterion, determining when human liberty may be restricted. [Emphasis added.]

(H. L. A. Hart, “Immorality and Treason”, originally appearing in *The Listener* (July 30, 1959), at pp. 162-63, reprinted in *Morality and the Law* (1971), 49, at p. 51)

To the same effect, see Professor J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (1984), vol. 1: *Harm to Others*, at p. 12; vol. 4: *Harmless Wrongdoing*, at p. 323.

atteintes morales ne sauraient justifier le recours au droit criminel. Il doit plutôt y avoir une atteinte claire et tangible aux droits et intérêts d’autrui.

En même temps, Mill reconnaît la nécessité d’établir, au profit des personnes vulnérables, une exception à sa condition requérant l’existence d’un préjudice « à autrui ». Il a écrit ceci, à la p. 75, « cette doctrine n’entend s’appliquer qu’aux êtres humains dans la maturité de leurs facultés. [. . .] Ceux qui sont encore dépendants des soins d’autrui doivent être protégés contre leurs propres actions aussi bien que contre les risques extérieurs ».

L’exposé de Mill est à la fois clair et pénétrant, mais il convient de signaler que ce dernier défendait alors certains principes philosophiques généraux, il n’interprétait pas un texte constitutionnel. Qui plus est, même ceux qui souscrivent à sa philosophie tendent à reconnaître que la justification de l’intervention de l’État ne peut se réduire à un seul facteur — le préjudice — et que la question est beaucoup plus complexe. L’un des plus éminents, le professeur H. L. A. Hart, a écrit ceci :

[TRADUCTION] La formulation du point de vue libéral par Mill pourrait bien être trop simple. Les raisons d’empiéter sur la liberté des gens sont beaucoup plus variées que ce que suggère le critère du « préjudice à autrui » : la notion de préjudice à autrui ne s’applique pas facilement, comme l’a constaté Mill lui-même, à la cruauté envers les animaux ou à l’organisation de la prostitution à des fins lucratives. À l’inverse, même lorsqu’un préjudice est causé à autrui au sens le plus littéral de ce terme, d’autres principes peuvent fort bien restreindre la mesure dans laquelle une activité préjudiciable doit être réprimée par la loi. En conséquence, de multiples critères, et non un seul, permettent de déterminer s’il est permis de restreindre la liberté des gens. [Nous soulignons.]

(H. L. A. Hart, « Immorality and Treason », publié initialement dans *The Listener* (30 juillet 1959), p. 162-163, publié à nouveau dans *Morality and the Law* (1971), 49, p. 51)

Dans le même sens, voir Professeur J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (1984), vol. 1, *Harm to Others*, p. 12; vol. 4, *Harmless Wrongdoing*, p. 323.

(ii) Is the Harm Principle a Principle of Fundamental Justice?

The appellants submit that the harm principle is a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7 that operates to place limits on the type of conduct the state may criminalize. This limitation exists independently of the division of powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. In other words, the appellants contend that there is a double threshold. Even if the Crown is able to establish that the creation of a particular criminal offence is a valid exercise of the criminal law power, there is a second level of constraint on the type of conduct that can be made criminal by virtue of s. 7 of the *Charter*.

We agree that there is a form of “double threshold”, in that the *Charter* imposes requirements that are separate from those imposed by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. However, we do not agree with the attempted elevation of the harm principle to a principle of fundamental justice. That is, in our view the harm principle is not the constitutional standard for what conduct may or may not be the subject of the criminal law for the purposes of s. 7.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, Lamer J. (as he then was) explained that the principles of fundamental justice lie in “the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system” (p. 503). This Court provided further guidance as to what constitutes a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, in *Rodriguez, supra, per Sopinka J.* (at pp. 590-91 and 607):

A mere common law rule does not suffice to constitute a principle of fundamental justice, rather, as the term implies, principles upon which there is some consensus that they are vital or fundamental to our societal notion of justice are required. Principles of fundamental justice must not, however, be so broad as to be no more than vague generalizations about what our society considers to be ethical or moral. They must be capable of being identified with some precision and applied to situations

(ii) Le principe du préjudice est-il un principe de justice fondamentale?

Les appelants prétendent que, pour l'application de l'art. 7, le principe du préjudice est un principe de justice fondamentale qui a pour effet de limiter le type de comportement que l'État peut criminaliser. Cette restriction existe indépendamment du partage des compétences établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En d'autres mots, les appelants plaident l'existence d'une double exigence. Même si le ministère public peut prouver qu'en créant une infraction criminelle donnée le Parlement a validement exercé son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, l'art. 7 de la *Charte* ajoute une deuxième exigence quant au type de comportement susceptible d'être criminalisé.

Nous admettons qu'il existe une sorte de « double exigence », en ce que la *Charte* impose des exigences distinctes de celles découlant des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Nous refusons cependant d'élever le principe du préjudice au rang de principe de justice fondamentale. À notre avis, le principe du préjudice ne constitue pas la norme constitutionnelle applicable pour déterminer, au regard de l'art. 7, si un comportement peut ou non être criminalisé.

Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a expliqué que les principes de justice fondamentale se trouvent dans « les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire » (p. 503). Dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, le juge Sopinka a précisé davantage en quoi consistent les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 (aux p. 590-591 et 607) :

Une simple règle de common law ne suffit pas pour former un principe de justice fondamentale. Au contraire, comme l'expression l'implique, les principes doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec

110

111

112

in a manner which yields an understandable result. They must also, in my view, be legal principles.

une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques.

While the principles of fundamental justice are concerned with more than process, reference must be made to principles which are “fundamental” in the sense that they would have general acceptance among reasonable people. [Emphasis added.]

Si les principes de justice fondamentale ne s'appliquent pas seulement au processus, il faut se référer aux principes qui sont « fondamentaux » en ce sens qu'ils seraient généralement acceptés parmi des personnes raisonnables. [Nous soulignons.]

113 The requirement of “general acceptance among reasonable people” enhances the legitimacy of judicial review of state action, and ensures that the values against which state action is measured are not just fundamental “in the eye of the beholder only”: *Rodriguez*, at pp. 607 and 590 (emphasis in original). In short, for a rule or principle to constitute a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person.

La condition requérant que les principes soient « généralement acceptés parmi des personnes raisonnables » accroît la légitimité du contrôle judiciaire d'une mesure de l'État et fait en sorte que les valeurs au regard desquelles la mesure de l'État est appréciée ne sont pas fondamentales « aux yeux de l'intéressé seulement » : *Rodriguez*, p. 607 et 590 (souligné dans l'original). En résumé, pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

a. *Is the Harm Principle a Legal Principle?*

a. *Le principe du préjudice est-il un principe juridique?*

114 In our view, the “harm principle” is better characterized as a description of an important state interest rather than a normative “legal” principle. Be that as it may, even if the harm principle could be characterized as a legal principle, we do not think that it meets the other requirements, as explained below.

À notre avis, le « principe du préjudice » est moins un principe « juridique » normatif qu'un critère permettant de définir un intérêt important de l'État. Quoi qu'il en soit, même si le principe du préjudice pouvait être qualifié de principe juridique, nous ne croyons pas qu'il satisfèrait aux autres conditions, comme nous l'expliquons ci-après.

b. *There Is No Sufficient Consensus that the Harm Principle Is Vital or Fundamental to Our Societal Notion of Criminal Justice*

b. *Absence d'un consensus suffisant quant au caractère primordial ou fondamental du principe du préjudice dans la notion de justice pénale au sein de notre société*

115 Contrary to the appellants' assertion, we do not think there is a consensus that the harm principle is the sole justification for criminal prohibition. There

Contrairement à ce que prétendent les appelants, nous ne pensons pas qu'il y a consensus sur le fait que le principe du préjudice est la seule



is no doubt that our case law and academic commentary are full of statements about the criminal law being aimed at conduct that “affects the public”, or that constitutes “a wrong against the public welfare”, or is “injurious to the public”, or that “affects the community”. No doubt, as stated, the *presence* of harm to others may justify legislative action under the criminal law power. However, we do not think that the *absence* of proven harm creates the unqualified barrier to legislative action that the appellants suggest. On the contrary, the state may sometimes be justified in criminalizing conduct that is either not harmful (in the sense contemplated by the harm principle), or that causes harm only to the accused.

The appellants cite in aid of their position the observation of Sopinka J., writing for the majority in *Butler, supra*, that “[t]he objective of maintaining conventional standards of propriety, independently of any harm to society, is no longer justified in light of the values of individual liberty which underlie the *Charter*” (p. 498). However, Sopinka J. went on to clarify that it is open to Parliament to legislate “on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society” (p. 493 (emphasis added)).

Several instances of crimes that do not cause harm to others are found in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Cannibalism is an offence (s. 182) that does not harm another sentient being, but that is nevertheless prohibited on the basis of fundamental social and ethical considerations. Bestiality (s. 160) and cruelty to animals (s. 446) are examples of crimes that rest on their offensiveness to deeply held social values rather than on Mill’s “harm principle”.

A duel fought by consenting adults is an example of a crime where the victim is no less culpable

justification possible d’une interdiction en droit criminel. Il ne fait aucun doute que la jurisprudence et la doctrine canadiennes regorgent d’énoncés disant que le droit criminel s’intéresse aux comportements qui « nuisent au public », qui constituent « un mal compromettant le bien-être public », qui sont « préjudiciables au public » ou qui « perturbent la collectivité ». Certes, l’*existence* d’un préjudice causé à autrui peut justifier le Parlement de légiférer en vertu de sa compétence en matière de droit criminel. Toutefois, nous ne croyons pas que l’*absence* de preuve de préjudice fait totalement obstacle à l’adoption d’une mesure législative comme le suggèrent les appelants. Au contraire, il peut parfois arriver que l’État soit justifié de criminaliser un comportement qui soit n’est pas préjudiciable (au sens envisagé par le principe du préjudice) soit ne cause préjudice qu’à l’accusé.

Au soutien de leur thèse, les appelants citent l’observation suivante formulée par le juge Sopinka, au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Butler*, précité, p. 498 : « [l]’objectif de maintenir des normes de bienséance traditionnelles, indépendamment du préjudice causé à la société, n’est plus justifié compte tenu des valeurs relatives à la liberté individuelle qui sous-tendent la *Charte* ». Cependant, le juge Sopinka a par ailleurs précisé que le Parlement pouvait légiférer « en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la morale aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d’une société libre et démocratique » (p. 493 (nous soulignons)).

Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, établit plusieurs crimes qui ne causent pas préjudice à autrui. Le cannibalisme (art. 182) est un acte qui ne cause pas de préjudice à un autre être doué de sensation, mais qui est néanmoins interdit pour des considérations sociales et morales fondamentales. La bestialité (art. 160) et la cruauté envers les animaux (art. 446) sont des exemples de comportements criminalisés non pas à cause du « principe du préjudice » de Mill, mais plutôt parce qu’ils portent atteinte à des valeurs profondément enracinées dans notre société.

Un duel opposant deux adultes consentants est un exemple de crime où la victime de l’infraction

116

117

118

than the perpetrator, and there is no harm that is not consented to, but the prohibition (s. 71 of the *Code*) is nevertheless integral to our ideas of civilized society. See also *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714. Similarly, in *R. v. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435, the Nova Scotia Court of Appeal upheld the prohibition of incest under s. 155 of the *Criminal Code* despite a *Charter* challenge by five consenting adults. In none of these instances of consenting adults does the criminal law conform to Mill's expression of the harm principle that "[o]ver himself, over his own body and mind, the individual is sovereign", as referenced earlier at para. 106.

119 Various jurists and commentators are said by the appellants to have endorsed the idea that harm is required, but we think that these sources, read in context, do not support the "harm principle" as defined by the appellants.

120 One source relied on by the appellants — the writings of Sir James Fitzjames Stephen — illustrates this point. Reference was made to Stephen's statement that the criminal law

must be confined within narrow limits, and can be applied only to definite overt acts or omissions capable of being distinctly proved, which acts or omissions inflict definite evils, either on specific persons or on the community at large.

(J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, at pp. 78-79)

121 However, Stephen himself was a prominent critic of Mill's harm principle. He believed that "immoral" behaviour *can* be a proper subject for the criminal law. Clearly, his reference to "evils" inflicted on the community includes the idea of moral harm, which Mill specifically excluded from the scope of his "harm principle". Stephen thus supported a much larger view of the legitimate purposes of the criminal law than is permitted by the appellants' argument.

n'est pas moins coupable que l'auteur de celle-ci et où il y a eu consentement au préjudice, mais la prohibition de ce comportement (art. 71 du *Code*) fait néanmoins partie intégrante de notre conception d'une société civilisée. Voir également *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714. De même, dans *R. c. F. (R.P.)* (1996), 105 C.C.C. (3d) 435, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a maintenu l'interdiction visant l'inceste que prévoit l'art. 155 du *Code criminel*, à l'issue d'une contestation sur le fondement de la *Charte* par cinq adultes consentants. Dans aucun de ces cas mettant en cause des adultes consentants la règle de droit criminel ne satisfait au principe du préjudice formulé par Mill, savoir que « [s]ur lui-même, sur son corps et son esprit, l'individu est souverain », cité précédemment au par. 106.

De prétendre les appelants, divers juristes et commentateurs souscrivent à l'idée que l'existence d'un préjudice doit être établie. Nous pensons toutefois que, considérées dans le contexte qui leur est propre, ces sources n'appuient pas le « principe du préjudice » au sens où l'entendent les appelants.

Une source invoquée par les appelants — les écrits de Sir James Fitzjames Stephen — illustre ce que nous venons de dire. Les appelants se sont référés à l'énoncé de Stephen selon lequel le droit criminel

[TRADUCTION] doit être étroitement délimité et n'être appliqué qu'à des actions ou omissions précises et manifestes susceptibles de preuve nette, actes ou omissions engendrant des maux précis pour des personnes données ou pour la collectivité en général.

(J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, p. 78-79)

Cependant, Stephen a lui-même critiqué ouvertement le principe du préjudice de Mill. Il estimait qu'un comportement « immoral » *peut* légitimement être criminalisé. Manifestement, lorsqu'il parle des « maux » infligés à la collectivité, il vise aussi les préjudices moraux, que Mill exclut expressément de sa notion de « principe du préjudice ». Stephen préconisait donc une interprétation beaucoup plus large des objets légitimes du droit criminel que celle que permet l'argumentation des appelants.

The appellants also rely on a 1982 report by the Law Reform Commission of Canada entitled *The Criminal Law in Canadian Society* which concludes, at p. 45, that the criminal law “ought to be reserved for reacting to conduct that is seriously harmful”. This seems, on its face, to support the harm principle. However, the report goes on to state, at p. 45, that such harm

may be caused or threatened to the collective safety or integrity of society through the infliction of direct damage or the undermining of what the Law Reform Commission terms fundamental or essential values — those values or interests necessary for social life to be carried on, or for the maintenance of the kind of society cherished by Canadians. [Emphasis added.]

Such a definition of “harm” is clearly contrary to Mill’s harm principle as endorsed by the appellants.

c. *Nor Is There Any Consensus that the Distinction Between Harm to Others and Harm to Self Is of Controlling Importance*

Our colleague Arbour J. takes the view that when the state wishes to make imprisonment available as a sanction for criminal conduct, it must be able to show the potential of such conduct to cause harm to others (para. 244). With respect, we do not think there is any such principle anchored in our law. As this Court noted in *Rodriguez, supra*, attempted suicide was an offence under Canadian criminal law (found in the original *Code* at s. 238) until its repeal by S.C. 1972, c. 13, s. 16. Sopinka J. emphasized, at p. 597, that

the decriminalization of attempted suicide cannot be said to represent a consensus by Parliament or by Canadians in general that the autonomy interest of those wishing to kill themselves is paramount to the state interest in protecting the life of its citizens.

Les appelants invoquent en outre un rapport publié en 1982 par la Commission de réforme du droit du Canada et intitulé *Le droit pénal dans la société canadienne*, dans lequel la Commission conclut, à la p. 53, que le droit pénal « doit être réservé au comportement qui est hautement nuisible ». De prime abord, cette conclusion semble étayer le principe du préjudice. Cependant, la Commission poursuit, à la p. 53, en précisant que le préjudice

peut être aussi le fait de causer ou de menacer de causer un tort à la sécurité de la collectivité ou à l’intégrité de la société par des dommages directs ou en sapant ce que la Commission de réforme du droit qualifie de valeurs fondamentales — ces valeurs ou intérêts qui sont nécessaires à la vie sociale ou qui servent de fondement au genre de société que veulent les Canadiens. [Nous soulignons.]

Cette définition du « préjudice » va clairement à l’encontre du principe du préjudice énoncé par Mill et défendu par les appelants.

c. *L’absence de consensus quant à l’importance déterminante de la distinction entre le préjudice à autrui et le préjudice à soi-même*

Notre collègue la juge Arbour est d’avis que, dans les cas où l’État veut rendre passible d’emprisonnement l’auteur d’un comportement criminel donné, il doit être en mesure d’établir que ce comportement est susceptible de causer préjudice à autrui (par. 244). En toute déférence, nous ne croyons pas qu’il existe un tel principe dans notre droit. Comme l’a signalé notre Cour dans l’arrêt *Rodriguez*, précité, la tentative de suicide a constitué une infraction en droit criminel canadien (qui était prévue à l’art. 238 du *Code* original) jusqu’à son abrogation par S.C. 1972, ch. 13, art. 16. À la page 597 de cet arrêt, le juge Sopinka a souligné le point suivant :

. . . on ne peut dire que la décriminalisation de la tentative de suicide traduit un consensus, chez le législateur ou au sein de la population canadienne en général, selon lequel le droit à l’autonomie de ceux qui souhaitent se tuer l’emporte sur l’intérêt qu’a l’État à protéger la vie de ses citoyens.

The offence of attempted suicide was removed from the *Criminal Code* because Parliament came to prefer other ways of addressing the problem of suicide. In that case, as here, there was an important distinction between constitutional competence, which is for the courts to decide, and the wisdom of a particular measure, which, within its constitutional sphere, is up to Parliament.

L'infraction de tentative de suicide a été supprimée dans le *Code criminel*, parce que le Parlement en est venu à préférer d'autres moyens de lutter contre le problème du suicide. Dans cette affaire tout comme en l'espèce, une distinction importante devait être faite entre la validité d'une mesure législative au regard de la Constitution, question sur laquelle il appartient aux tribunaux de statuer, et l'opportunité d'une telle mesure, question qui ressortit au Parlement, pour autant que la mesure relève de ses attributions constitutionnelles.

124 Putting aside, for the moment, the proper approach to the appropriateness of imprisonment (which, as stated, we think should be addressed under s. 12 rather than s. 7), we do not accept the proposition that there is a general prohibition against the criminalization of harm to self. Canada continues to have paternalistic laws. Requirements that people wear seatbelts and motorcycle helmets are designed to “save people from themselves”. There is no consensus that this sort of legislation offends our societal notions of justice. Whether a jail sentence is an appropriate penalty for such an offence is another question. However, the objection in that aspect goes to the validity of an assigned punishment — it does not go to the validity of prohibiting the underlying conduct.

Abstraction faite, pour l'instant, de l'analyse qui s'impose pour statuer sur le caractère approprié de l'emprisonnement (et qui, nous l'avons dit, devrait se faire au regard de l'art. 12 plutôt que de l'art. 7), nous rejetons la notion d'un interdit général sur la criminalisation des comportements causant préjudice à leur auteur. Le Canada possède encore des lois paternalistes. Le port obligatoire de la ceinture pour les automobilistes et du casque protecteur pour les motocyclistes vise à « protéger les citoyens malgré eux ». Il n'existe pas de consensus selon lequel ce genre de mesures heurterait notre conception de la justice en tant que société. Le caractère convenable de l'emprisonnement comme peine applicable à l'égard d'une telle infraction est une tout autre question. Toutefois, c'est la validité de la peine prévue — et non l'interdiction du comportement visé — qui est contestée.

125 A recent discussion policy paper from the Law Commission of Canada entitled *What is a Crime? Challenges and Alternatives* (2003) highlights the difficulties in distinguishing between harm to others and harm to self. It notes that “in a society that recognizes the interdependency of its citizens, such as universally contributing to healthcare or educational needs, harm to oneself is often borne collectively” (p. 17).

Un document de discussion intitulé *Qu'est-ce qu'un crime? Des défis et des choix*, publié en 2003 par la Commission du droit du Canada, met en évidence la difficulté de différencier les notions de préjudice à autrui et de préjudice à soi-même. On dit que, « dans une société qui reconnaît l'interdépendance de ses citoyennes et citoyens, notamment par la contribution de tous aux besoins en matière de santé ou d'éducation, c'est souvent la collectivité qui porte le fardeau du préjudice qu'on se cause à soi-même » (p. 18).

126 In short, there is no consensus that tangible harm to others is a necessary precondition to the creation of a criminal law offence.

En bref, il n'existe pas de consensus voulant qu'un préjudice tangible à autrui soit un préalable à la création d'une infraction criminelle.

d. *The Harm Principle Is Not a Manageable Standard Against Which to Measure Deprivation of Life, Liberty or Security of the Person*

Even those who agree with the “harm principle” as a regulator of the criminal law frequently disagree about what it means and what offences will meet or offend the harm principle. In the absence of any agreed definition of “harm” for this purpose, allegations and counter-allegations of non-trivial harm can be marshalled on every side of virtually every criminal law issue, as one author explains:

The harm principle is effectively collapsing under the weight of its own success. Claims of harm have become so pervasive that the harm principle has become meaningless: the harm principle no longer serves the function of a *critical principle* because non-trivial harm arguments permeate the debate. Today, the issue is no longer *whether* a moral offense causes harm, but rather what type and what amount of harms the challenged conduct causes, and how the harms compare. On those issues, the harm principle is silent. [Emphasis in original.]

(B. E. Harcourt, “The Collapse of the Harm Principle” (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109, at p. 113)

Professor Harcourt goes on to point out that it is the “hidden normative dimensions . . . [that] do the work in the harm principle, not the abstract, simple notion of harm” (p. 185). In other words, the existence of harm (however defined) does no more than open a gateway to the debate; it does not give any precise guidance about its resolution.

Harm, as interpreted in the jurisprudence, can take a multitude of forms, including economic, physical and social (e.g., injury and/or offence to fundamental societal values). In the present appeal, for example, the respondents put forward a list of “harms” which they attribute to marijuana use.

d. *Le principe du préjudice ne constitue pas une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne*

Même les tenants du « principe du préjudice » comme facteur de régulation du droit criminel sont fréquemment en désaccord sur sa définition et sur la nature des infractions qui respectent ce principe. Comme l'explique un auteur, vu l'absence de définition généralement reconnue de la notion de « préjudice », des allégations et contre-allégations invoquant l'existence ou l'absence de préjudice non négligeable peuvent être formulées de part et d'autre en ce qui concerne pratiquement toute question de droit pénal :

[TRADUCTION] Le principe du préjudice croule en effet sous le poids de sa popularité. Les prétentions relatives au préjudice sont devenues courantes au point de vider le principe du préjudice de tout sens : celui-ci a cessé de jouer un *rôle décisif* du fait que les arguments évoquant un préjudice non négligeable sont omniprésents. De nos jours, la question n'est plus *de savoir* si une atteinte morale cause un préjudice, mais plutôt quel type et quel degré de préjudice le comportement reproché cause, et comment se comparent les préjudices. Le principe du préjudice n'offre aucune réponse à ces questions. [En italique dans l'original.]

(B. E. Harcourt, « The Collapse of the Harm Principle » (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109, p. 113)

Le professeur Harcourt ajoute que ce sont [TRADUCTION] « les dimensions normatives cachées [. . .] qui sont déterminantes dans le principe du préjudice, et non la simple notion abstraite de préjudice » (p. 185). En d'autres termes, l'existence d'un préjudice (quelle qu'en soit la définition) ne fait que lancer le débat, sans fournir d'indications précises sur la façon de le trancher.

Selon la jurisprudence, le préjudice peut revêtir une multitude de formes. Il peut s'agir notamment d'un préjudice économique, physique ou social (par exemple une atteinte aux valeurs fondamentales de la société). Dans le présent pourvoi, à titre d'exemple, les intimés énumèrent les « préjudices » qu'ils

The appellants put forward a list of “harms” which they attribute to marihuana prohibition. Neither side gives much credence to the “harms” listed by the other. Each claims the “net” result to be in its favour.

associent à la consommation de marihuana, alors que les appelants dressent la liste des « préjudices » qu’ils imputent à l’interdiction de la marihuana. Chaque partie accorde peu de valeur aux « préjudices » invoqués par l’autre, plaidant plutôt que le résultat « net » lui est favorable.

129 In the result, we do not believe that the content of the “harm” principle as described by Mill and advocated by the appellants provides a manageable standard under which to review criminal or other laws under s. 7 of the *Charter*. Parliament, we think, is entitled to act under the criminal law power in the protection of legitimate state interests other than the avoidance of harm to others, subject to *Charter* limits such as the rules against arbitrariness, irrationality and gross disproportionality, discussed below.

Par conséquent, nous ne croyons pas que, de par sa teneur, le principe du « préjudice » décrit par Mill et invoqué par les appelants constitue une norme fonctionnelle permettant de contrôler la validité d’une disposition — pénale ou autre — au regard de l’art. 7 de la *Charte*. Nous estimons que le Parlement peut, en application de sa compétence en matière de droit criminel, faire des lois pour protéger les intérêts légitimes de l’État, et non pas seulement pour prévenir un préjudice à autrui, dans la mesure où il respecte les limites fixées par la *Charte*, notamment celles visant les mesures législatives arbitraires, irrationnelles ou exagérément disproportionnées et qui sont examinées plus loin.

(iii) “Avoidance of Harm” Is Nevertheless a Valid State Interest

(iii) La « prévention des préjudices » constitue néanmoins un objectif légitime de l’État

130 While we do not agree with the courts below that the “harm principle” is a principle of fundamental justice, there is nevertheless a state interest in the avoidance of harm to those subject to its laws which may justify parliamentary action.

Bien que nous ne partagions pas l’opinion des juridictions inférieures selon laquelle le « principe du préjudice » est un principe de justice fondamentale, il n’en demeure pas moins que l’intérêt qu’a l’État à prévenir les préjudices aux personnes assujetties à ses lois peut le justifier de légiférer.

131 In other words, avoidance of harm is a “state interest” within the rule against arbitrary or irrational state conduct mentioned in *Rodriguez, supra*, at p. 594, previously cited, that:

En d’autres mots, la prévention des préjudices est un « intérêt de l’État » au sens de la règle qui interdit à l’État de prendre des mesures arbitraires ou irrationnelles, règle mentionnée dans *Rodriguez*, p. 594, et citée plus tôt en l’espèce :

Where the deprivation of the right in question does little or nothing to enhance the state’s interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual’s rights will have been deprived for no valid purpose. [Emphasis added.]

Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien pour promouvoir l’intérêt de l’État (quel qu’il puisse être), il me semble qu’une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n’aura servi aucune fin valable. [Nous soulignons.]

132 The conclusion that the state has a particular interest in acting to protect vulnerable groups is also consistent with *Charter* jurisprudence affirming the state’s power to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their

La conclusion que l’État a un intérêt particulier à protéger les groupes vulnérables est également compatible avec les décisions relatives à la *Charte* qui confirment le pouvoir de l’État d’intervenir pour protéger les enfants dont la vie est menacée et

well-being: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 70; *B. (R.)*, *supra*, at para. 88 (per La Forest J.).

We do not agree with Prowse J.A. that harm must be shown to the court's satisfaction to be "serious" and "substantial" before Parliament can impose a prohibition. Once it is demonstrated, as it has been here, that the harm is not *de minimis*, or in the words of Braidwood J.A., the harm is "not [in]significant or trivial", the precise weighing and calculation of the nature and extent of the harm is Parliament's job. Members of Parliament are elected to make these sorts of decisions, and have access to a broader range of information, more points of view, and a more flexible investigative process than courts do. A "serious and substantial" standard of review would involve the courts in micromanagement of Parliament's agenda. The relevant constitutional control is not micromanagement but the general principle that the parliamentary response must not be grossly disproportionate to the state interest sought to be protected, as will be discussed.

Having said that, our understanding of the view taken of the facts by the courts below is that while the risk of harm to the great majority of users can be characterized at the lower level of "neither trivial nor insignificant", the risk of harm to members of the vulnerable groups reaches the higher level of "serious and substantial". This distinction simply underlines the difficulties of a court attempting to quantify "harm" beyond a *de minimis* standard.

(iv) In Light of the State Interest Thus Identified, the Prohibition Is Neither Arbitrary nor Irrational

A criminal law that is shown to be arbitrary or irrational will infringe s. 7: *R. v. Arkel*, [1990] 2 S.C.R.

pour favoriser leur bien-être : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 70; et *B. (R.)*, précité, par. 88 (le juge La Forest).

Nous ne souscrivons pas à l'opinion de la juge Prowse de la Cour d'appel selon laquelle le Parlement ne peut imposer une interdiction que s'il est en mesure de convaincre le tribunal de l'existence d'un préjudice [TRADUCTION] « grave » et « important ». Une fois qu'il est prouvé, comme en l'espèce, que le préjudice n'est pas minime ou, pour reprendre les termes employés par le juge Braidwood, de la Cour d'appel, qu'il n'est [TRADUCTION] « ni [in]signifiant ni négligeable », l'appréciation et la détermination exactes de la nature et de l'étendue du préjudice relève du Parlement. Les députés sont élus pour prendre de telles décisions et ils ont accès à un plus large éventail de données, à un plus grand nombre de points de vue et à des moyens d'enquête plus souples que les tribunaux. L'application par ces derniers d'une norme de contrôle fondée sur le caractère « grave et important » du préjudice les amènerait à micro-gérer les travaux du Parlement. Le mécanisme de contrôle constitutionnel pertinent n'est pas la microgestion, mais bien l'application du principe général voulant que la mesure législative ne doive pas être exagérément disproportionnée à l'intérêt de l'État qu'elle est censée protéger, comme nous l'expliquerons plus loin.

Cela dit, il nous semble que les juridictions inférieures ont considéré que, eu égard aux faits de l'espèce, le risque de préjudice pour la grande majorité des consommateurs se situe à la limite inférieure des préjudices « qui ne sont ni négligeables ni insignifiants » alors que le risque de préjudice pour les personnes vulnérables rejoint la limite supérieure des préjudices « graves et importants ». Cette distinction fait tout simplement ressortir les difficultés que doit surmonter le tribunal qui tente de mesurer un « préjudice » plus que mineur.

(iv) Au vu de l'intérêt de l'État ainsi défini, l'interdiction n'est ni arbitraire ni irrationnelle

Une disposition de droit criminel qui est jugée arbitraire ou irrationnelle porte atteinte à l'art. 7 :

133

134

135

695, at p. 704; *R. v. Hamon* (1993), 85 C.C.C. (3d) 490 (Que. C.A.), at p. 492. Our colleagues LeBel and Deschamps JJ. consider the marihuana prohibition to be disproportionate to the societal problems at issue, and, thus arbitrary. This, we think, puts the threshold of judicial intervention too low. LeBel J. writes that “it cannot be denied that marihuana can cause problems of varying nature and severity to some people or to groups of them” (para. 280). That being the case, we think the *Charter* allows Parliament a broad, though certainly not unlimited, legislative capacity to respond. Marihuana is a psychoactive drug whose “use causes alteration of mental function” according to the trial judge. This alteration creates a potential harm to others when the user engages in “driving, flying and other activities involving complex machinery”. Chronic users may suffer “serious” health problems. Vulnerable groups are at particular risk, including adolescents with a history of poor school performance, pregnant women and persons with pre-existing diseases such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia or other drug dependencies. These findings of fact disclose a sufficient state interest to support Parliament’s intervention should Parliament decide that it is wise to continue to do so, subject to a constitutional standard of *gross* disproportionality, discussed below.

*R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, p. 704; *R. c. Hamon* (1993), 85 C.C.C. (3d) 490 (C.A. Qué.), p. 492. Nos collègues les juges LeBel et Deschamps estiment que l’interdiction de la marihuana est disproportionnée aux problèmes sociétaux concernés et qu’elle est, de ce fait, arbitraire. Nous croyons que cette conclusion a pour effet de placer trop bas le seuil à partir duquel les tribunaux sont fondés à intervenir. Le juge LeBel écrit qu’« il est indéniable que la marihuana peut causer à certaines personnes ou à certains groupes des problèmes de nature et de gravité variables » (par. 280). Cela étant, nous estimons que la *Charte* confère au Parlement une grande latitude — qui n’est évidemment pas illimitée — quant aux mesures législatives qu’il peut adopter à l’égard de ces problèmes. Selon le juge du procès, la marihuana est une drogue psychoactive dont [TRADUCTION] « la consommation agit sur les fonctions mentales ». Cette action crée un risque pour autrui lorsque le consommateur [TRADUCTION] « condui[t] un véhicule à moteur, pilot[e] un avion ou exerc[e] d’autres activités exigeant de faire fonctionner des appareils complexes ». Les consommateurs chroniques peuvent éprouver de « graves » problèmes de santé. Les groupes vulnérables sont particulièrement à risque, notamment les adolescents qui ont déjà des résultats scolaires médiocres, les femmes enceintes et les personnes qui souffrent d’affections préexistantes comme des maladies cardiovasculaires, des troubles respiratoires, la schizophrénie ou d’autres toxicomanies. Ces conclusions de fait révèlent l’existence d’un intérêt de l’État suffisant pour justifier la mesure législative si le Parlement juge opportun de la maintenir, pourvu qu’elle respecte la norme constitutionnelle de la proportion *exagérée* dont il est question ci-après.

136

The criminalization of possession is a statement of society’s collective disapproval of the use of a psychoactive drug such as marihuana (*Morgentaler, supra*, at p. 70), and, through Parliament, the continuing view that its use should be deterred. The prohibition is not arbitrary but is rationally connected to a reasonable apprehension of harm. In particular, criminalization seeks to take marihuana out of the hands of users and potential users, so as to prevent the associated harm and to eliminate the market for traffickers. In light of these findings of fact it cannot

La criminalisation de la possession est l’expression de la désapprobation collective de notre société pour la consommation d’une drogue psychoactive telle la marihuana (*Morgentaler*, précité, p. 70) et, par l’entremise du Parlement, de l’opinion persistante que la consommation de cette substance doit être découragée. L’interdiction n’a pas un caractère arbitraire, mais est rationnellement liée à une crainte raisonnable de préjudice. Plus particulièrement, la criminalisation de la marihuana vise à priver de cette substance les consommateurs actuels et potentiels,



be said that the prohibition on marihuana possession is arbitrary or irrational, although the wisdom of the prohibition and its related penalties is always open to reconsideration by Parliament itself.

It is true that Parliament can and has directly addressed some of the potential harmful conduct elsewhere in the *Criminal Code*. Section 253, for example, prohibits driving while impaired. One type of legal control to prevent harm does not logically oust other potential forms of legal control, subject as always to the limitation of gross disproportionality discussed below.

The appellants also contend that Parliament's failure to criminalize the consumption of alcohol and tobacco, while criminalizing the use of marihuana (which the appellants say is, if anything, *less* harmful) shows the arbitrariness of the law. It is clear that the consumption of alcohol and tobacco can be harmful. Moreover in some respects the harm is of a type comparable to that caused by marihuana consumption. Much of the bronchial harm associated with marihuana, for instance, comes from the smoking aspect rather than its intoxicating properties.

However, if Parliament is otherwise acting within its jurisdiction by enacting a prohibition on the use of marihuana, it does not lose that jurisdiction just because there are other substances whose health and safety effects could arguably justify similar legislative treatment. To hold otherwise would involve the courts in not only defining the outer limits of the legislative action allowed by the Constitution but also in ordering Parliament's priorities within those limits. That is not the role of the courts under our constitutional arrangements.

de façon à prévenir le préjudice associé à sa consommation et à éliminer le marché de la marihuana pour les trafiquants. Vu ces conclusions de fait, il est impossible d'affirmer que l'interdiction visant la possession de marihuana est arbitraire ou irrationnelle, bien qu'il soit toujours loisible au Parlement de reconsidérer l'opportunité de l'interdiction et des peines dont elle est assortie.

Il est vrai que le Parlement peut (comme il l'a d'ailleurs fait) s'attaquer directement à certains des comportements susceptibles d'être préjudiciables en créant d'autres infractions dans le *Code criminel*. L'article 253, par exemple, interdit la conduite avec les facultés affaiblies. Le recours à une mesure législative donnée pour prévenir un préjudice n'exclut pas logiquement le recours à d'autres mesures du genre, sous réserve toujours du respect du critère de la disproportion exagérée, qui est examiné plus loin.

Les appelants soutiennent également que le fait que le Parlement n'a pas criminalisé la consommation d'alcool et de tabac, alors qu'il a criminalisé celle de la marihuana (substance pourtant *moins* nocive selon eux) témoigne du caractère arbitraire des dispositions contestées. Il est clair que la consommation d'alcool et de tabac peut être préjudiciable. En outre, ce préjudice est, à certains égards, comparable à celui causé par la marihuana. Par exemple, les dommages causés aux bronches par la consommation de marihuana sont en grande partie imputables au fait que celle-ci est fumée plutôt qu'aux propriétés intoxicantes de cette substance.

Toutefois, si le Parlement respecte les limites de sa compétence lorsqu'il édicte une disposition interdisant la consommation de marihuana, il ne perd pas le pouvoir de le faire du seul fait qu'il existe d'autres substances dont les effets sur la santé et la sécurité pourraient justifier des mesures législatives similaires. Conclure différemment amènerait les tribunaux non seulement à fixer les limites de l'action législative autorisée par la Constitution, mais aussi à établir les priorités du Parlement à l'intérieur de ces limites. Ce n'est pas le rôle que leur confie la Constitution.

137

138

139

140 Parliament may, as a matter of constitutional law, determine what is *not* criminal as well as what is. The choice to use the criminal law in a particular context does not require its use in any other: *RJR-MacDonald, supra*, at para. 50. Parliament's decision to move in one area of public health and safety without at the same time moving in other areas is not, on that account alone, arbitrary or irrational.

(v) The Allegation of Disproportionality

141 Having rejected the appellants' contention that Parliament is without authority to criminalize conduct unless it causes harm to others, as well as their claim that criminalization of marihuana is arbitrary and irrational, we proceed to the next level of their argument, namely that even if it is not arbitrary and irrational, criminalization is nevertheless disproportionate to any threat posed by marihuana use.

142 In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 47, the Court accepted that the means taken to achieve an objective can be so disproportionate to the desired end so as to offend the principles of fundamental justice:

Determining whether deportation to torture violates the principles of fundamental justice requires us to balance [under s. 7] Canada's interest in combatting terrorism and the Convention refugee's interest in not being deported to torture. Canada has a legitimate and compelling interest in combatting terrorism. But it is also committed to fundamental justice. The notion of proportionality is fundamental to our constitutional system. Thus we must ask whether the government's proposed response is reasonable in relation to the threat. In the past, we have held that some responses are so extreme that they are *per se* disproportionate to any legitimate government interest: see *Burns, supra*. We must ask whether deporting a refugee to torture would be such a response. [Emphasis added.]

See also *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at para. 78.

Suivant notre droit constitutionnel, le Parlement peut décider de ce qui est criminel et de ce qui *ne* l'est *pas*. Le choix de recourir au droit criminel dans un contexte donné n'oblige pas à y recourir dans un autre : *RJR-MacDonald*, précité, par. 50. La décision du Parlement d'intervenir dans un domaine intéressant la santé et la sécurité publiques et pas dans un autre n'est pas, de ce seul fait, arbitraire ou irrationnelle.

(v) L'argument fondé sur la disproportion

Après avoir rejeté la prétention des appelants que le Parlement peut seulement criminaliser les comportements préjudiciables à autrui, de même que celle selon laquelle la criminalisation de la marihuana est une mesure arbitraire et irrationnelle, nous allons maintenant examiner le volet suivant de leur argumentation, à savoir que, même si la criminalisation n'a pas un caractère arbitraire et irrationnel, elle est néanmoins disproportionnée à tout risque associé à la consommation de marihuana.

Dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 47, notre Cour a reconnu qu'il peut arriver que les mesures prises pour réaliser un objectif soient si disproportionnées au résultat recherché qu'elles contreviennent aux principes de justice fondamentale :

Pour décider si une expulsion impliquant un risque de torture viole les principes de justice fondamentale, il faut mettre en balance [suivant l'art. 7] l'intérêt du Canada à combattre le terrorisme d'une part, et le droit d'un réfugié au sens de la Convention de ne pas être expulsé vers un pays où il risque la torture d'autre part. Le Canada a un intérêt à la fois légitime et impérieux à lutter contre le terrorisme. Mais notre pays adhère également aux principes de justice fondamentale. La notion de proportionnalité est un aspect fondamental de notre régime constitutionnel. Par conséquent, nous devons nous demander si la mesure projetée par le gouvernement est raisonnable par rapport à la menace. Dans le passé, notre Cour a jugé que certaines mesures étaient à ce point extrêmes qu'elles étaient en soi disproportionnées à tout intérêt légitime du gouvernement : voir *Burns*, précité. Nous devons nous demander si une expulsion impliquant un risque de torture constitue une telle mesure. [Nous soulignons.]

Voir également *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 78.

In short, after it is determined that Parliament acted pursuant to a legitimate state interest, the question can still be posed under s. 7 whether the government's legislative measures in response to the use of marihuana were, in the language of *Suresh*, "so extreme that they are *per se* disproportionate to any legitimate government interest" (para. 47 (emphasis added)). As we explain below, the applicable standard is one of *gross* disproportionality, the proof of which rests on the claimant.

The aspect of proportionality of interest to the appellants is the alleged lack of proportionality between the contribution of the marihuana prohibition to public health and safety (the appellants say the prohibition is so ineffective that it contributes little) and the adverse effects on persons subject to the prohibition, including those who are charged and convicted of the offence (the appellants say the adverse effects are severe and lasting). The relevant effects include those that relate to the life, liberty or security of an individual, and that are the product of the state action complained of.

We have already rejected Mr. Malmo-Levine's "pleasure principle" on the basis that depriving the general user of the freedom to smoke "pot" is not the violation of a freestanding constitutional right. We turn now to the effects of the criminalization of marihuana possession on accused persons.

### 3. The Availability of Imprisonment

Although this issue belongs to the s. 7 analysis, we wish to highlight its importance here to address our disagreement with Arbour J., for whom the availability of imprisonment is the controlling consideration (paras. 216, 244, 256 and 257).

Our colleague writes at para. 257:

While the cases referred to by my colleagues clearly illustrate the state's interest in the protection of vulnerable groups from others who might harm them, they are

Pour résumer, une fois qu'il est établi que le Parlement a agi sur le fondement d'un intérêt légitime de l'État, il est encore possible de se demander, au regard de l'art. 7, si les mesures législatives adoptées à l'égard de la consommation de la marihuana étaient, pour reprendre les termes employés dans *Suresh*, « à ce point extrêmes qu'elles étaient en soi disproportionnées à tout intérêt légitime du gouvernement » (par. 47 (nous soulignons)). Comme nous l'expliquons plus loin, le critère applicable est celui de la disproportion *exagérée*, dont la preuve incombe au demandeur.

L'aspect de la notion de proportionnalité qui intéresse les appelants est, selon eux, l'absence de proportionnalité qu'il y aurait entre l'apport de l'interdiction de la marihuana à la santé et à la sécurité publiques (l'interdiction étant selon eux si inefficace que cet apport est minime) et ses effets préjudiciables pour les personnes touchées par l'interdiction, y compris celles accusées et reconnues coupables de l'infraction (les appelants affirment que ces effets sont graves et durables). Les effets pertinents sont notamment ceux qui touchent à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne et qui sont la conséquence de la mesure reprochée à l'État.

Nous avons rejeté plus tôt le « principe du plaisir » invoqué par M. Malmo-Levine. En effet, priver le consommateur ordinaire de la liberté de fumer du « pot » ne porte pas atteinte à un droit constitutionnel autonome. Examinons maintenant les conséquences de la criminalisation de la possession de marihuana pour les personnes accusées de cette infraction.

### 3. La possibilité d'emprisonnement

Bien que la question relève de l'analyse fondée sur l'art. 7, nous tenons à en souligner l'importance pour exprimer notre désaccord avec la juge Arbour, qui considère la possibilité d'emprisonnement comme le facteur décisif (par. 216, 244, 256 et 257).

Notre collègue dit ce qui suit au par. 257 :

Bien que les arrêts invoqués par mes collègues montrent clairement que l'État a intérêt à protéger les groupes vulnérables contre les personnes qui pourraient causer

143

144

145

146

147

far from suggesting that it is the vulnerable ones who should be sent to jail for their self-protection. Implicit in my colleagues' argument is that the state would be justified in threatening with imprisonment adolescents with a history of poor school performance, women of child-bearing age and persons with pre-existing diseases such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia and other drug dependencies, who are at particular risk of harming themselves by using marihuana. I do not think that an exception to the harm principle is justified to allow the state to threaten with imprisonment vulnerable people in order to prevent them from harming themselves.

148 We disagree with our colleague's view that it is unconstitutional for the state to attempt to deter vulnerable people from self-harm by criminalization of the harmful conduct backed up, where appropriate, by the "threat" of imprisonment. We disagree with the premise that vulnerable people of the sort she describes are in fact threatened with jail, or that imposition of a jail term in the circumstances she envisages would be upheld as a fit sentence or a constitutional sentence.

149 A finding that a particular form of penalty violates s. 12 may call for a constitutional remedy in relation to the penalty, but leave intact the criminalization of the conduct, which may still be constitutionally punishable by an alternative form of penalty.

150 Braidwood J.A., too, rested his analysis on the availability of imprisonment. He found that "it is common sense that you don't go to jail unless there is a potential that your activities will cause harm to others" (para. 134). The appellant in *Clay, supra*, released concurrently, similarly argued at para. 25 of his factum that "[w]hile a reasonable apprehension of a 'not insignificant' or 'not trivial' harm may suffice to justify a regulatory prohibition on the personal and private consumption of a substance, it is not constitutionally adequate for justifying the use of incarceration and the imposition of a criminal record to deter such consumption" (emphasis added). We agree with the observation that the

préjudice à ces groupes, ces décisions sont loin de suggérer qu'on envoie les personnes vulnérables en prison pour assurer leur propre protection. La proposition de mes collègues sous-entend que l'État serait justifié de menacer d'emprisonnement les adolescents ayant des résultats scolaires médiocres, les femmes en âge de procréer et les personnes souffrant de maladies préexistantes — par exemple des troubles cardiovasculaires, des problèmes respiratoires, la schizophrénie et d'autres toxicomanies —, autant de personnes qui risquent plus particulièrement de se faire du tort en consommant de la marihuana. Je ne pense pas qu'il soit justifié de déroger au principe du préjudice et de permettre à l'État de menacer d'emprisonnement des personnes vulnérables afin de les empêcher de se causer préjudice à elles-mêmes.

Nous ne partageons pas l'opinion de notre collègue selon laquelle l'État agit inconstitutionnellement lorsqu'il tente de dissuader des personnes vulnérables de se causer préjudice à elles-mêmes en criminalisant le comportement préjudiciable et en assortissant l'infraction de la « menace » d'emprisonnement, peine applicable dans les cas opportuns. Nous sommes en désaccord avec la prémisse que les catégories de personnes vulnérables qu'elle décrit sont en fait menacées d'emprisonnement ou que l'incarcération dans les circonstances qu'elle envisage serait considérée comme une peine appropriée ou une peine constitutionnellement valide.

Le fait de conclure qu'une peine donnée viole l'art. 12 peut exiger une réparation constitutionnelle liée à la peine sans pour autant remettre en cause la criminalisation du comportement, lequel peut encore, constitutionnellement, être punissable par un autre type de peine.

Le juge Braidwood de la Cour d'appel a lui aussi fondé son analyse sur la possibilité d'emprisonnement. Il a conclu qu'[TRADUCTION] « il est logique qu'on ne vous envoie pas en prison, à moins que vos actes ne soient susceptibles de causer préjudice à autrui » (par. 134). Dans l'arrêt *Clay*, précité, arrêt rendu simultanément, l'appelant a présenté un argument au même effet au par. 25 de son mémoire, faisant valoir que, [TRADUCTION] « [b]ien qu'une crainte raisonnable de subir un préjudice "non insignifiant" ou "non négligeable" puisse suffire, dans un cadre réglementaire, pour justifier d'interdire la consommation personnelle et privée d'une substance, elle n'est pas suffisante, sur le plan

operative concept here is the use of incarceration, not the availability of incarceration.

In addition to the possible penalty of imprisonment, the appellants highlight a number of other consequences of being charged and convicted for possession of marihuana, including the effects of having a criminal record, the cost of mounting a defence, and the potential adverse impact on education and job prospects (even prior to trial, and whether or not a conviction results). They submit that these harms to the individual accused are disproportionate to any societal interest served by the (largely ineffective) suppression of marihuana use.

As the appellants' principal argument on this branch of the case relates to the availability of imprisonment, we will turn first to that issue.

(a) *No Mandatory Minimum Sentence*

Possession of marihuana carries no minimum sentence. However, the general framework of the NCA permits imprisonment, and marihuana is one of the scheduled drugs. The prescription of sentencing options by Parliament reflects its view of the seriousness of the offence, and is ordinarily taken into consideration by the sentencing judge.

Imprisonment is imposed by the courts for simple possession only in exceptional circumstances. Our colleague Arbour J. writes, as mentioned earlier, about threatening with jail underachieving school age adolescents, women of childbearing age and the mentally afflicted, but the cases show that this analysis rests on a faulty premise. In most possession cases, offenders (whether vulnerable or not) receive discharges or conditional sentences. This is particularly true where the amounts of marihuana involved are small and for recreational uses,

constitutionnel, pour justifier le recours à l'incarcération et l'établissement d'un casier judiciaire pour décourager ce genre de consommation » (nous soulignons). Nous souscrivons à l'observation selon laquelle le concept clé en l'espèce est le recours à l'incarcération, et non la possibilité d'incarcération.

Outre la possibilité d'emprisonnement, les appellants soulignent un certain nombre de conséquences additionnelles découlant du fait d'être accusé et déclaré coupable de possession de marihuana, dont l'existence d'un casier judiciaire, les coûts liés à la présentation d'une défense et les possibles effets préjudiciables du point de vue des études et des perspectives d'emploi (même avant le procès, puis au terme de celui-ci, qu'il aboutisse ou non à une déclaration de culpabilité). Ils avancent que ces préjudices causés à l'accusé sont disproportionnés à tout intérêt sociétal favorisé par l'interdiction (par ailleurs largement inefficace) visant la consommation de marihuana.

Étant donné que l'argument principal des appellants sur cet aspect du pourvoi porte sur la possibilité d'emprisonnement, nous allons d'abord examiner cette question.

a) *L'absence de peine minimale obligatoire*

La possession de marihuana n'expose le délinquant à aucune peine minimale. Cependant, le cadre général de la Loi permet l'emprisonnement et la marihuana est l'une des drogues figurant à l'annexe. La faculté que donne le Parlement de choisir entre diverses peines reflète sa perception de la gravité de l'infraction et est généralement prise en compte par le juge appelé à déterminer la peine.

Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que les tribunaux infligent l'emprisonnement pour simple possession de marihuana. Comme nous l'avons mentionné précédemment, notre collègue la juge Arbour parle de la menace d'emprisonnement qui pèserait sur les adolescents sous-performants à l'école, les femmes en âge de procréer et les personnes atteintes de troubles mentaux, mais la jurisprudence révèle que cette analyse s'appuie sur une prémisse erronée. Dans la plupart des affaires de possession, le délinquant (qu'il s'agisse

151

152

153

154

where the usual sentence is a conditional discharge. See, e.g., C. C. Ruby and D. L. Martin, *Criminal Sentencing Digest* (loose-leaf), 30§320, at p. 1251; *R. v. Fleming* (1992), 21 W.A.C. 79 (B.C.C.A.); *R. v. Culley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 433 (Ont. C.A.).

ou non d'une personne vulnérable) fait l'objet d'une absolution ou d'une peine d'emprisonnement avec sursis. Cela se produit particulièrement lorsqu'il est question d'une petite quantité de marijuana à des fins récréatives, auquel cas l'absolution sous condition est la peine habituellement infligée. Voir, par exemple, C. C. Ruby et D. L. Martin, *Criminal Sentencing Digest* (feuilles mobiles), 30§320, p. 1251; *R. c. Fleming* (1992), 21 W.A.C. 79 (C.A.C.-B.); *R. c. Culley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 433 (C.A. Ont.).

155 The reality is this. There is no impediment (such as a mandatory minimum sentence) to a trial judge imposing a fit sentence after a conviction for simple possession of marijuana. The "availability" of imprisonment in respect of the scheduled drugs under the NCA is part of a statutory framework for dealing with drugs generally and is not specifically directed at marijuana. The case law discloses that it is only in the presence of aggravating circumstances, not likely to be present in the situation of the "vulnerable persons" referred to by our colleague, where a court has been persuaded that imprisonment for simple possession of marijuana was, in the particular case, a fit sentence.

La réalité est la suivante. Aucun obstacle (telle une peine minimale obligatoire) n'empêche le juge du procès d'infliger une peine appropriée à la personne déclarée coupable de simple possession de marijuana. La « possibilité » d'emprisonnement pour possession d'une drogue figurant à l'annexe de la Loi fait partie intégrante du cadre législatif applicable aux drogues en général et non pas seulement à la marijuana en particulier. L'examen de la jurisprudence révèle que ce n'est qu'en présence de circonstances aggravantes — circonstances peu susceptibles d'être présentes dans le cas des « personnes vulnérables » dont fait mention notre collègue — que le tribunal a estimé, dans l'affaire dont il était saisi, qu'une peine d'emprisonnement constituait une peine appropriée à l'égard de l'infraction de simple possession de marijuana.

156 In *R. v. Dauphinee* (1984), 62 N.S.R. (2d) 156 (S.C. App. Div.), a three-month sentence of imprisonment for simple possession of one ounce of marijuana was upheld on appeal because the offender had five prior narcotics possession offences and the trial judge noted that the accused showed no signs of amending his conduct. Prison sentences are also occasionally handed out where an individual has been sentenced for a more serious drug offence. See, e.g., *R. v. Witter*, [1997] O.J. No. 2248 (QL) (Gen. Div.) (six-month sentence for possession of marijuana to be served concurrently with three-year sentence for trafficking in cocaine; accused had nine prior narcotics convictions); *R. v. Coady* (1994), 24 W.C.B. (2d) 459 (Nfld. S.C.T.D.) (sentenced to 14 days' imprisonment for possession of 70 grams of marijuana to be served concurrently with nine-

Dans l'arrêt *R. c. Dauphinee* (1984), 62 N.S.R. (2d) 156 (C.S. Div. app.), une peine de trois mois d'emprisonnement pour simple possession d'une once de marijuana a été confirmée en appel parce que le contrevenant avait déjà été déclaré coupable de cinq infractions de possession de stupéfiants et que, selon le juge du procès, l'accusé ne manifestait aucune intention de s'amender. Il arrive également qu'une peine d'emprisonnement soit infligée lorsque l'individu a déjà été condamné pour une infraction plus grave en matière de drogue. Voir, par exemple, *R. c. Witter*, [1997] O.J. No. 2248 (QL) (Div. gén.) (six mois d'emprisonnement pour possession de marijuana à purger concurremment avec une peine de trois ans pour trafic de cocaïne, l'accusé ayant déjà été déclaré coupable à neuf reprises d'infractions touchant les stupéfiants);

month sentence for possession of hashish with intent to traffic); *R. v. Richards* (1989), 88 N.S.R. (2d) 425 (S.C. App. Div.) (four-month sentence for possession of 113.5 grams of marihuana to be served concurrently with a sentence of one year for possession of 15 grams of cocaine, plus one year's probation; respondent had six prior narcotics-related convictions; the court noted his behaviour endangered the safety of his family and no leniency was warranted in light of his recidivism). In addition, some incarcerations associated with possession offences result from the failure to pay fines, or where the Crown has agreed to permit a plea bargain for a lesser included offence. See B. A. MacFarlane, R. J. Frater and C. Proulx, *Drug Offences in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at p. 29-20.

It is no doubt true that in an earlier era judges may have resorted to imprisonment more frequently than would be considered acceptable under the *Charter*, but the argument here is a post-*Charter* argument. It asks whether the marihuana prohibition *can* be — and is *required* to be — applied consistently with the *Charter*. In our view, the answer to both questions is yes.

First, as mentioned above, we believe that the issue of punishment should be approached in light of s. 12 of the *Charter* (which protects against “cruel and unusual treatment or punishment”), and, in that regard, the constitutional standard is one of gross disproportionality. Second, in our opinion, the lack of any mandatory minimum sentence together with the existence of well-established sentencing principles mean that the mere availability of imprisonment on a marihuana charge cannot, without more, violate the principle against gross disproportionality.

*R. c. Coady* (1994), 24 W.C.B. (2d) 459 (C.S.T.-N. 1<sup>re</sup> inst.) (14 jours d'emprisonnement pour possession de 70 grammes de marihuana à purger concurremment avec une peine de neuf mois pour possession de hachisch en vue d'en faire le trafic); *R. c. Richards* (1989), 88 N.S.R. (2d) 425 (C.S. Div. app.) (quatre mois d'emprisonnement pour possession de 113,5 grammes de marihuana à purger concurremment avec une peine d'un an pour possession de 15 grammes de cocaïne, plus une année de probation; l'accusé avait déjà été reconnu coupable de six infractions liées aux stupéfiants; la cour a signalé que son comportement compromettait la sécurité de sa famille et qu'aucune clémence n'était justifiée étant donné la récidive). En outre, dans certains cas, l'emprisonnement pour possession de stupéfiants résulte soit du défaut du délinquant de payer l'amende, soit de l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité pour une infraction moindre et incluse à l'issue de négociations avec le ministère public. Voir B. A. MacFarlane, R. J. Frater et C. Proulx, *Drug Offences in Canada* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 29-20.

Il est sans doute vrai que, à une autre époque, les juges ont pu infliger l'emprisonnement plus fréquemment que ce qui serait considéré acceptable aujourd'hui compte tenu de la *Charte*, mais l'argument formulé en l'espèce vise la période postérieure à l'adoption de celle-ci. La question posée est la suivante : L'interdiction de la marihuana *peut-elle* — et *doit-elle* — être appliquée en conformité avec la *Charte*? À notre sens, il faut répondre par l'affirmative aux deux volets de la question.

Premièrement, nous le répétons, la question de la sanction doit selon nous être examinée au regard de l'art. 12 de la *Charte* (qui protège chacun contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ») et, dans de tels cas, la norme constitutionnelle applicable est celle de la disproportion exagérée. Deuxièmement, nous sommes d'avis que l'absence de peine minimale obligatoire et l'existence de principes de détermination de la peine bien établis signifient que la possibilité d'emprisonnement pour une infraction liée à la marihuana ne saurait à elle seule constituer une mesure dont la disproportion est exagérée.

157

158

(b) *The Section 12 Standard — Gross Disproportionality*

159

The standard set out in s. 12 of the *Charter* sheds light on the requirements of s. 7. As Lamer J. explained in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, ss. 8 to 14 of the *Charter* may be seen as specific illustrations of the principles of fundamental justice in s. 7. While proportionality “is the essence of a s. 12 analysis” (*R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39, at para. 44), the constitutional standard is gross disproportionality. As the majority explained in *Morrisey* (at para. 26) :

Where a punishment is merely disproportionate, no remedy can be found under s. 12. Rather, the court must be satisfied that the punishment imposed is grossly disproportionate for the offender, such that Canadians would find the punishment abhorrent or intolerable. [First emphasis added; second emphasis in original.]

See *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, *per* Lamer J., at p. 1072:

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. [Emphasis added.]

See also *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at p. 1417: “The test for determining whether a sentence is disproportionately long is very properly stringent and demanding. A lesser test would tend to trivialize the *Charter*”. See also *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3, 2001 SCC 1, at para. 77.

160

Is there then a principle of fundamental justice embedded in s. 7 that would give rise to a constitutional remedy against a punishment that does not infringe s. 12? We do not think so. To find that gross and excessive disproportionality of punishment is required under s. 12 but a lesser degree of

(b) *La norme d'application de l'art. 12 — la disproportion exagérée*

La norme énoncée à l'art. 12 de la *Charte* aide à saisir les exigences prévues par l'art. 7. Comme l'a expliqué le juge Lamer dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, les art. 8 à 14 de la *Charte* peuvent être considérés comme des exemples précis des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7. Bien que la proportionnalité « constitue l'essence même de l'analyse fondée sur l'art. 12 » (*R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39, par. 44), la norme constitutionnelle est celle de la disproportion exagérée. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont donné les explications suivantes, au par. 26 :

Lorsque la peine est simplement disproportionnée, aucune réparation ne peut être accordée en vertu de l'art. 12. Le tribunal doit plutôt être convaincu que la peine qui a été infligée est exagérément disproportionnée en ce qui concerne ce délinquant, au point où les Canadiens et Canadiennes considéreraient cette peine odieuse ou intolérable. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

Voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, le juge Lamer, p. 1072 :

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. [Nous soulignons.]

Voir aussi *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, p. 1417 : « Le critère qui sert à déterminer si une peine est beaucoup trop longue est à bon droit strict et exigeant. Un critère moindre tendrait à banaliser la *Charte* »; voir également *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, par. 77.

En conséquence, existe-t-il un principe de justice fondamentale consacré à l'art. 7 qui donnerait droit à une réparation constitutionnelle lorsqu'une peine ne contrevient pas à l'art. 12? Nous ne le croyons pas. Conclure qu'une disproportion exagérée et excessive est requise pour qu'une peine porte



proportionality suffices under s. 7 would render incoherent the scheme of interconnected “legal rights” set out in ss. 7 to 14 of the *Charter* by attributing contradictory standards to ss. 12 and 7 in relation to the same subject matter. Such a result, in our view, would be unacceptable.

Accordingly, even if we were persuaded by our colleague Arbour J. that punishment should be considered under s. 7 instead of s. 12, the result would remain the same. In both cases, the constitutional standard is gross disproportionality. In neither case is the standard met.

Further, even if the penalty of imprisonment were found to violate the gross disproportionality standard, the constitutional remedy would have to address the range of available penalties rather than the decriminalization of the underlying conduct of marijuana possession.

### (c) *Proportionality in Sentencing*

At this point, we turn from the *Charter* to the *Criminal Code*, in which Parliament has made the idea of proportionality central to the principles of sentencing. Section 718.1 of the *Criminal Code* provides that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” The importance of proportionality in punishment has been discussed on several occasions by this Court. See, for instance, *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 82, where Lamer C.J., writing for the Court, referred to “the fundamental principle of sentencing, which provides that a sentence must be proportional to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”. See also *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, at para. 18; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 40; and *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, per Wilson J. (concurring), at p. 533.

The requirement of proportionality in sentencing undermines rather than advances the appellants’ argument. There is no need to turn to the *Charter* for relief against an unfit sentence. If imprisonment

atteinte à l’art. 12, mais qu’un degré de disproportion moindre suffit pour qu’il y ait atteinte à l’art. 7 rendrait incohérent l’ensemble des « garanties juridiques » interreliées énoncées aux art. 7 à 14 de la *Charte* en assignant aux art. 12 et 7 des normes contradictoires pour une même question. Un tel résultat serait selon nous inacceptable.

Par conséquent, même si notre collègue la juge Arbour nous convainquait que la peine doit être examinée au regard de l’art. 7 et non de l’art. 12, le résultat serait le même. Dans les deux cas, la norme constitutionnelle applicable est la disproportion exagérée et, dans les deux cas, on n’y a pas satisfait.

Qui plus est, même si l’emprisonnement était jugé une peine disproportionnée exagérée, la réparation constitutionnelle devrait être déterminée en choisissant parmi la gamme des peines applicables, et non en envisageant la décriminalisation de la possession de marijuana.

### c) *La proportionnalité de la peine*

À ce stade-ci, nous délaissions la *Charte* pour nous attacher au *Code criminel*, dans lequel le Parlement a indiqué que la notion de proportionnalité est l’élément central des principes de détermination de la peine. L’article 718.1 du *Code criminel* énonce que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. » Notre Cour a examiné à plusieurs occasions l’importance de la proportionnalité de la peine. Voir, par exemple, *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 82, où le juge en chef Lamer, s’exprimant pour la Cour, a fait état du « principe fondamental de détermination de la peine suivant lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». Voir aussi *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, par. 18; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 40; et *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, la juge Wilson (motifs concourants), p. 533.

L’exigence de proportionnalité de la peine a davantage pour effet d’affaiblir la thèse des appelants que de l’étayer. Point n’est besoin d’invoquer la *Charte* pour obtenir réparation à l’encontre d’une

161

162

163

164

is not a fit sentence in a particular case it will not be imposed, and if imposed, it will be reversed on appeal.

165 There is no plausible threat, express or implied, to imprison accused persons — including vulnerable ones — for whom imprisonment is not a fit sentence.

166 On another branch of the imprisonment argument, our colleague Arbour J. argues that it is unconstitutional for the state to attempt to prevent the general population, under threat of imprisonment, from engaging in conduct that is harmless to them, on the basis that other, more vulnerable persons may harm themselves if they engage in it (para. 258). In our view, with respect, this proposition is too broadly stated. In the present context, as previously noted, the evidence shows that it is not possible generally to distinguish in advance the general population from its more vulnerable members. Chronic users emerge from unexpected sources. If our colleague is correct, the impossibility of precise identification of “chronic users” in advance would incapacitate Parliament from taking any action at all to help those in need of its protection, a proposition we do not accept. Further, we do not agree with our colleague that it is a straightforward matter to distinguish between harm to self and harm to others. We noted earlier the recent comment of the Law Commission of Canada that “in a society that recognizes the interdependency of its citizens, such as universally contributing to healthcare or educational needs, harm to oneself is often borne collectively” (p. 17).

167 We agree with the appellants that imprisonment would ordinarily be an unfit sentence for a conviction on simple possession of marijuana. We

peine inappropriée. Lorsque, dans un cas donné, une peine d'emprisonnement n'est pas indiquée, elle ne sera pas infligée, et, si elle l'est, elle sera annulée en appel.

Il ne pèse aucune menace plausible d'emprisonnement, expresse ou tacite, sur un accusé — y compris une personne vulnérable — pour qui une telle mesure ne serait pas une peine appropriée.

Dans un autre volet de l'argumentation fondé sur la possibilité d'emprisonnement, notre collègue la juge Arbour avance que l'État agit de manière inconstitutionnelle en tentant d'empêcher les justiciables en général, sous menace d'emprisonnement, d'adopter un comportement qui ne leur est pas préjudiciable, pour le motif que d'autres personnes plus vulnérables pourraient se causer préjudice à elles-mêmes si elles adoptaient ce comportement (par. 258). En toute déférence, nous estimons que cette proposition est énoncée de façon trop générale. Dans la présente affaire, comme nous l'avons signalé plus tôt, la preuve révèle qu'il n'est généralement pas possible d'identifier à l'avance les personnes plus vulnérables au sein de l'ensemble de la population. Les consommateurs chroniques peuvent en effet présenter des profils inattendus. Si notre collègue voit juste, l'impossibilité d'identifier à l'avance avec certitude les « consommateurs chroniques » aurait pour effet d'empêcher le Parlement de prendre quelque mesure que ce soit pour venir en aide à ceux qui ont besoin de sa protection, conclusion que nous n'acceptons pas. De plus, nous ne partageons pas l'opinion de notre collègue selon laquelle il est facile de distinguer entre le préjudice à soi-même et le préjudice à autrui. Nous avons fait état plus tôt du commentaire suivant, formulé récemment par la Commission du droit du Canada : « dans une société qui reconnaît l'interdépendance de ses citoyennes et citoyens, notamment par la contribution de tous aux besoins en matière de santé ou d'éducation, c'est souvent la collectivité qui porte le fardeau du préjudice qu'on se cause à soi-même » (p. 18).

Nous partageons l'avis des appelants que l'emprisonnement constitue habituellement une peine inappropriée pour l'infraction de simple possession

disagree, however, that this observation gives rise to a finding of unconstitutionality. Rather, it gives rise, in appropriate circumstances, to an ordinary sentence appeal.

In the result, where there is no minimum mandatory sentence, the mere availability of imprisonment on a charge of marihuana possession does not violate the s. 7 principle against gross disproportionality. There are circumstances, as noted, where imprisonment would constitute a fit sentence.

4. A More General Principle of Disproportionality

As stated, the proportionality argument made by the appellants is broader than the mere disproportionality of penalty. They are correct to point out that interaction by an accused with the criminal justice system brings with it a number of consequences, not least among them the possibility of a criminal record. We agree that the proportionality principle of fundamental justice recognized in *Burns* and *Suresh* is not exhausted by its manifestation in s. 12. The content of s. 7 is not limited to the sum of ss. 8 to 14 of the *Charter*. See, for instance, *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Thomson Newspapers*, *supra*. We thus accept that the principle against gross disproportionality under s. 7 is broader than the requirements of s. 12 and is not limited to a consideration of the penalty attaching to conviction. Nevertheless the standard under s. 7, as under s. 12, remains one of *gross* disproportionality. In other words, if the use of the criminal law were shown by the appellants to be grossly disproportionate in its effects on accused persons, when considered in light of the objective of protecting them from the harm caused by marihuana use, the prohibition would be contrary to fundamental justice and s. 7 of the *Charter*.

In this respect, the appellants urge three factors. Firstly, they point to the adverse consequences to the individual accused other than imprisonment.

de marihuana, mais nous n'admettons pas que ceci emporte une conclusion d'inconstitutionnalité. Dans les cas appropriés, une telle situation justifie plutôt un recours en appel visant la justesse de la peine.

Par conséquent, en l'absence de peine minimale obligatoire, le seul fait de la possibilité d'infliction d'une peine d'emprisonnement pour l'infraction de possession de marihuana ne viole pas le principe de la disproportion exagérée prévu par l'art. 7. Comme nous l'avons indiqué, il est des circonstances où l'emprisonnement constitue une peine appropriée.

4. Un principe plus général de disproportion

Nous le répétons, l'argument relatif à la proportionnalité présenté par les appelants ne vise pas seulement la disproportion de la peine. Les appelants signalent avec raison que la personne aux prises avec le système de justice pénale s'expose à un certain nombre de conséquences, dont la possibilité d'avoir un casier judiciaire n'est pas la moindre. Nous reconnaissons que le principe de la proportionnalité, principe de justice fondamentale reconnu par notre Cour dans *Burns* et *Suresh*, ne se résume pas à son expression à l'art. 12. Le contenu de l'art. 7 n'est pas uniquement la somme des art. 8 à 14 de la *Charte*. Voir, par exemple, *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Thomson Newspapers*, précité. En conséquence, nous admettons que le principe de la disproportion exagérée prévu par l'art. 7 est plus large que les exigences découlant de l'art. 12 et ne se limite pas seulement à l'examen de la peine applicable en cas de déclaration de culpabilité. Néanmoins, la norme applicable pour l'analyse fondée sur l'art. 7, tout comme pour celle fondée sur l'art. 12, demeure la disproportion *exagérée*. En d'autres termes, si les appelants établissaient que le recours au droit criminel a sur les accusés des effets exagérément disproportionnés compte tenu de l'objectif de protection contre le préjudice causé par la consommation de marihuana, l'interdiction serait contraire à la justice fondamentale ainsi qu'à l'art. 7 de la *Charte*.

À cet égard, les appelants invoquent trois facteurs. Premièrement, ils soulignent les autres conséquences fâcheuses auxquelles l'accusé est exposé

168

169

170

Secondly, they suggest that the relative ineffectiveness of the ban shows that the prohibition only marginally advances the interest of the state, and that this should facilitate a judicial finding of gross disproportionality. Thirdly, and more generally, the appellants state that the salutary effects of the law are vastly outweighed by the deleterious effects.

171 We address these three aspects of the appellants' disproportionality argument in turn.

(a) *The Consequences to the Individual Other Than Imprisonment*

172 In addition to the possibility of imprisonment, the appellants refer to harms flowing from having a criminal record. At para. 26 of their Joint Statement of Legislative Facts, they state:

The impact of criminal convictions on the futures of young Canadians has historically been identified as one of the most serious social harms generated by the criminal prohibition of cannabis. Upon being charged, tremendous costs are incurred during the pre-trial period, costs which tend to have a much more dramatic impact on young people. Most of the young people charged with cannabis offences are on the low end of the socio-economic scale and, thus, for them the financial burden is particularly onerous. Once a person is found guilty of a cannabis charge, s/he must confront the additional adverse effects associated with having a criminal record for such an offence.

There is no doubt that having a criminal record has serious consequences. The legislative policy embodied in the NCA is that a conviction for the possession of marijuana *should* have serious consequences. Therein lies the deterrent effect of the prohibition. The wisdom of this policy is, as mentioned, under review by Parliament. It appears that this review has been prompted, in part, by a recognition of the significant effects of being involved in the criminal justice system. For instance, background information from Health Canada states:

en plus de l'emprisonnement. Deuxièmement, ils affirment que l'inefficacité relative de l'interdiction montre que celle-ci sert peu l'intérêt de l'État et que cette situation devrait inciter à conclure qu'il y a disproportion exagérée. Troisièmement, sur un plan plus général, les appelants plaident que les effets préjudiciables des dispositions contestées dépassent largement leurs effets bénéfiques.

Nous allons examiner successivement ces trois volets de l'argument des appelants fondé sur la disproportion.

a) *Les conséquences autres que l'emprisonnement*

En plus de la possibilité d'emprisonnement, les appelants font état des conséquences préjudiciables découlant de l'existence d'un casier judiciaire. Voici ce qu'ils disent au par. 26 de leur exposé conjoint des faits législatifs :

[TRADUCTION] Les répercussions d'une déclaration de culpabilité sur les perspectives d'avenir des jeunes Canadiens sont depuis toujours considérées comme l'un des préjudices sociaux les plus graves causés par la criminalisation du cannabis. Dès le dépôt des accusations, des frais considérables sont faits durant la période qui précède le procès, situation qui tend à être beaucoup plus grave pour les jeunes. En effet, la plupart des jeunes qui sont accusés d'infractions liées au cannabis se situent au bas de l'échelle socio-économique et, de ce fait, la charge financière est particulièrement lourde pour eux. Une fois déclarée coupable d'une infraction liée au cannabis, la personne subit les effets préjudiciables additionnels découlant du fait d'avoir un casier judiciaire pour une telle infraction.

Il est certain que l'existence d'un casier criminel a de graves conséquences. D'ailleurs, selon la politique législative qu'exprime la Loi, une déclaration de culpabilité pour possession de marijuana *est censée* avoir de graves conséquences. C'est en cela que réside l'effet dissuasif de l'interdiction. Comme nous l'avons signalé, le Parlement est à réexaminer l'à-propos de cette politique, examen qui résulterait en partie de la reconnaissance des répercussions importantes d'une accusation au pénal. À titre d'exemple, un document d'information de Santé Canada donne les précisions suivantes :

[B]eing prosecuted and convicted in a criminal court bears a stigma that can have far-reaching consequences in an individual's life in such areas as job choices, travel and education. Participating in the criminal court process can also involve personal upheaval.

(Health Canada, "Information: Cannabis Reform Bill", May 2003)

However, the question before us is not whether Parliament *should* change its policy but whether it is *required* by the Constitution to do so. As Dickson C.J. commented in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1142: "The issue is not whether the legislative scheme is frustrating or unwise but whether the scheme offends the basic tenets of our legal system."

On this branch of the case the Court can only ask whether the effects on the accused are so grossly disproportionate that they render the prohibition contrary to s. 7 of the *Charter*. Once it is determined that Parliament acted pursuant to a valid state interest in attempting to suppress the use for recreational purposes of a particular psychoactive drug, and given the findings of harm flowing from marihuana use, already discussed, we do not think that the consequences in this case trigger a finding of gross disproportionality. Firstly, the consequences are largely the product of deliberate disobedience to the law of the land. In his factum, Malmo-Levine speaks of "mass civil disobedience". He writes (at para. 10):

The glaring hypocrisy of the war on "some" drugs, and the obvious effectiveness of cannabis will ensure users are never going to back down, and that we intend to outgrow the "low-functioning" stigma foisted upon us and assume our rightful place as the "mellow and imaginative" section of society.

Le fait d'être poursuivie et condamnée par un tribunal pénal stigmatise la personne et peut avoir des conséquences profondes sur sa vie dans des domaines tels que le choix d'emploi, les voyages et l'éducation. Participer à des procédures pénales peut aussi provoquer des bouleversements personnels.

(Santé Canada, « Information : Projet de loi sur la réforme concernant le cannabis », mai 2003)

Cependant, la question que nous sommes appelés à trancher n'est pas de savoir si le Parlement *devrait* modifier sa politique, mais bien s'il est *tenu* par la Constitution de le faire. Comme l'a fait observer le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1142 : « La question n'est pas de savoir si le régime législatif est insatisfaisant ou peu judicieux mais si le régime porte atteinte aux préceptes fondamentaux de notre système juridique. »

En ce qui concerne ce volet de l'analyse, la Cour peut seulement se demander si les effets sur l'accusé sont si exagérément disproportionnés qu'ils rendent l'interdiction contraire à l'art. 7 de la *Charte*. Comme il a été jugé que le Parlement s'est fondé sur un intérêt légitime de l'État pour tenter de mettre fin à la consommation récréative d'une drogue psychoactive donnée et compte tenu des constatations exposées précédemment sur le préjudice causé par la consommation de marihuana, nous ne croyons pas que, en l'espèce, les conséquences commandent de conclure qu'il y a disproportion exagérée. Premièrement, ces conséquences sont en grande partie le fruit d'une désobéissance délibérée à la loi du pays. Dans son mémoire, au par. 10, M. Malmo-Levine parle de [TRADUCTION] « désobéissance civile massive » :

[TRADUCTION] L'hypocrisie scandaleuse de la guerre contre « certaines » drogues de même que les effets bénéfiques évidents du cannabis inciteront toujours les consommateurs à poursuivre leur lutte, et nous entendons nous débarrasser du stigmate de gens « fonctionnant au ralenti » qu'on nous inflige et prendre notre place légitime en tant que segment de la société formé des citoyens « posés et imaginatifs ».

173

174

This may be so, but evaluation of adverse effects has to take the nature of this political confrontation into account. Secondly, if the court imposes a sentence on conviction that is no more than a fit sentence, which it is required to do, the other adverse consequences are really associated with the criminal justice system in general rather than this offence in particular. In any system of criminal law there will be prosecutions that turn out to be unfounded, publicity that is unfairly adverse, costs associated with a successful defence, lingering and perhaps unfair consequences attached to a conviction for a relatively minor offence by other jurisdictions, and so on. These effects are serious but they are part of the social and individual costs of having a criminal justice system. Whenever Parliament exercises its criminal law power, such costs will arise. To suggest that such "inherent" costs are fatal to the exercise of the power is to overshoot the function of s. 7.

Il est possible que ce soit le cas, mais l'évaluation des effets préjudiciables doit tenir compte de la nature de cet affrontement politique. Deuxièmement, si le tribunal inflige à la personne déclarée coupable une peine qui n'est rien d'autre qu'appropriée, ce qu'il est tenu de faire, les autres conséquences préjudiciables sont en fait liées au système de justice pénale en général plutôt qu'à cette infraction en particulier. Dans tout système de droit pénal, il arrive qu'une poursuite se révèle non fondée, que la publicité qui l'entoure soit injustement préjudiciable, qu'une défense fructueuse occasionne des frais, qu'une déclaration de culpabilité pour une infraction relativement mineure ait des conséquences persistantes et peut-être injustes dans d'autres ressorts, et ainsi de suite. Il s'agit de conséquences graves, mais elles font partie des coûts sociaux et personnels qu'entraîne le fait de posséder un système de justice pénale. Chaque fois que le Parlement exerce sa compétence en matière de droit criminel, de tels coûts en résultent. Prétendre que ces coûts « intrinsèques » invalident l'exercice de cette compétence a pour effet d'exagérer le rôle de l'art. 7.

175

We agree that the effects on an accused person of the criminalization of marihuana possession are serious. They are the legitimate subject of public controversy. They will undoubtedly be addressed in parliamentary debate. Applying a standard of gross disproportionality however, it is our view that the effects on accused persons of the present law, including the potential of imprisonment, fall within the broad latitude within which the Constitution permits legislative action.

(b) *Ineffectiveness of the Prohibition of Marihuana*

176

The appellants next argue that the adverse effects on accused persons of the prohibition on possession are grossly disproportionate to any legitimate state interest because the prohibition is simply ineffective. It contributes virtually nothing to advancing the state interest in preventing the use of marihuana. Reliance is placed in this regard on the view of the trial judge in *Caine* who

Nous reconnaissons que la criminalisation de la possession de marihuana a des effets graves sur les personnes accusées de cette infraction. Ces effets sont légitimement à l'origine d'une controverse au sein de la population et ils feront sans aucun doute l'objet d'un débat parlementaire. À notre avis, toutefois, si l'on applique la norme de la disproportion exagérée, les effets sur les accusés des dispositions actuelles, y compris la possibilité d'emprisonnement, n'excèdent pas la vaste latitude que la Constitution accorde au Parlement.

b) *L'inefficacité de l'interdiction de la marihuana*

Les appelants plaident par ailleurs que les effets préjudiciables sur les accusés de l'interdiction visant la possession sont exagérément disproportionnés à tout intérêt légitime de l'État, puisque l'interdiction est tout simplement inefficace. Elle ne contribue pratiquement pas à la réalisation de l'objectif de l'État, qui est d'empêcher la consommation de marihuana.

stated: “Thus, in Canada, it would appear that the variations in consumption rates noted above (in particular, the decline in consumption since 1969) have occurred with no apparent statistical relationship to any increase or decrease in the severity of the law or its application” (para. 57). Also, at para. 62: “It is a fair and common sense conclusion that marihuana consumption would increase upon legalization, thereby leading to an increase in the absolute number of chronic users and vulnerable persons adversely affected by the drug. However, it is impossible to conclude, from the evidence before me, whether this increase would be substantial, moderate, or negligible.”

This Court has exercised caution in accepting arguments about the alleged ineffectiveness of legal measures: see *Reference re Firearms Act (Can.)*, *supra*, where the Court held that “[t]he efficacy of a law, or lack thereof, is not relevant to Parliament’s ability to enact it under the division of powers analysis” (para. 57). While somewhat different considerations come into play under a *Charter* analysis, it remains important that some deference be accorded to Parliament in assessing the utility of its chosen responses to perceived social ills.

Questions about which types of measures and associated sanctions are best able to deter conduct that Parliament considers undesirable is a matter of legitimate ongoing debate. The so-called “ineffectiveness” is simply another way of characterizing the refusal of people in the appellants’ position to comply with the law. It is difficult to see how that refusal can be elevated to a constitutional argument against validity based on the invocation of fundamental principles of justice. Indeed, it would be inconsistent with the rule of law to allow compliance with a criminal prohibition to be determined by each individual’s personal discretion and taste.

Ils invoquent à cet égard l’opinion de la juge du procès dans l’affaire *Caine* : [TRADUCTION] « En conséquence, il semble que, au Canada, les variations des taux de consommation susmentionnées (en particulier la baisse observée depuis 1969) n’aient pas de relations statistiques avec quelque renforcement ou atténuation de la sévérité de la loi ou de son application » (par. 57). La juge ajoute ceci, au par. 62 : [TRADUCTION] « Il est logique et raisonnable de conclure que la légalisation ferait augmenter la consommation de marihuana et, en conséquence, le nombre absolu de consommateurs chroniques et de personnes vulnérables subissant les effets dommageables de la drogue. Cependant, la preuve dont je dispose ne permet pas de conclure que cette augmentation serait substantielle, modérée ou négligeable. »

Notre Cour fait montre de prudence dans l’acceptation d’arguments fondés sur la prétendue inefficacité d’une mesure législative : voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, précité, où elle a jugé que « [l]’efficacité ou le manque d’efficacité d’une loi n’est pas pertinent pour déterminer si le Parlement a le pouvoir de l’adopter en vertu de l’analyse relative au partage des pouvoirs » (par. 57). Bien que des considérations quelque peu différentes jouent dans le cadre d’une analyse fondée sur la *Charte*, il demeure important de faire preuve d’une certaine déférence à l’endroit du Parlement dans l’appréciation de l’utilité des mesures qu’il choisit pour remédier à ce qu’il considère comme des maux sociaux.

Il est légitime qu’on continue de s’interroger sur les mesures et sanctions les plus susceptibles de décourager un comportement que le Parlement juge indésirable. La prétendue « inefficacité » est simplement une autre façon de désigner le refus des gens dans la situation des appelants de respecter la loi. Il est difficile de voir comment, en invoquant les principes de justice fondamentale, on pourrait faire de ce refus un argument d’inconstitutionnalité. De fait, il serait contraire à la primauté du droit de permettre que le respect d’une interdiction de nature pénale soit laissé à la discrétion de chacun, en fonction de ses goûts personnels.

(c) *The Balance of Salutory and Deleterious Effects*

179 Finally, the appellants say that the prohibition is disproportionate to the state's interest because its negative consequences are grossly disproportionate to its positive features, if any.

180 In this connection, Braidwood J.A. reproduced a summary of the evidence of harm to society resulting from the prohibition itself including disrespect for the law among those who disagree with it; distrust of health and educational authorities who have "promoted false and exaggerated allegations about marihuana"; lack of communication between youth and their elders about the use of marihuana; risks from involvement with criminals and hard-drug users; lack of governmental control over drug quality; "the creation of a lawless sub-culture"; financial costs associated with enforcing the law; and "the inability to engage in meaningful research into the properties, effects and dangers of the drug, because possession of the drug is unlawful" (para. 28).

181 In effect, the exercise undertaken by Braidwood J.A. was to balance the law's salutary and deleterious effects. In our view, with respect, that is a function that is more properly reserved for s. 1. These are the types of social and economic harms that generally have no place in s. 7.

182 The appellants were correct to criticize the government's attempted wholesale importation of "societal interests" from s. 1 to s. 7 to try to support the constitutional validity of the prohibition. In our view, the appellants should equally be stopped from importing the "salutory/deleterious" effects balance from s. 1 in order to try to justify the opposite conclusion.

c) *La pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables*

Enfin, les appelants affirment que l'interdiction est disproportionnée à l'intérêt de l'État, du fait que ses conséquences préjudiciables sont exagérément disproportionnées à ses effets bénéfiques, s'il en est.

À cet égard, le juge Braidwood de la Cour d'appel a reproduit un résumé de la preuve du préjudice causé à la société par l'interdiction. Ce résumé fait notamment état des éléments suivants : inobservation de la loi par ceux qui la désapprouvent; méfiance envers les autorités scolaires et sanitaires, qui ont [TRADUCTION] « défendu des affirmations erronées et exagérées au sujet de la marihuana »; manque de communication entre les jeunes et leurs aînés au sujet de la consommation de la marihuana; risques découlant de la fréquentation de criminels et d'adeptes des drogues dures; absence de contrôle par le gouvernement de la qualité de la drogue; [TRADUCTION] « création d'une sous-culture anarchique »; coût d'application de la loi; [TRADUCTION] « incapacité d'effectuer des recherches sérieuses sur les propriétés, les effets et les risques de la drogue, du fait qu'il est illégal d'en avoir en sa possession » (par. 28).

Dans les faits, le juge Braidwood a procédé à la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la Loi. En toute déférence, nous estimons qu'une telle démarche relève davantage de l'application de l'article premier. Il s'agit là de préjudices sociaux et économiques qui n'ont généralement pas leur place dans l'analyse fondée sur l'art. 7.

Les appelants ont avec raison dénoncé la tentative de l'État d'importer en bloc dans l'analyse fondée sur l'art. 7 les « intérêts sociétaux » visés à l'article premier, dans le but d'étayer la constitutionnalité de l'interdiction. Selon nous, il faut également empêcher les appelants d'essayer de justifier la thèse opposée en important dans l'analyse fondée sur l'art. 7 la pondération des effets « bénéfiques et préjudiciables » faite dans l'analyse fondée sur l'article premier.



As, in our view, the appellants have not established an infringement of s. 7, there is no need to call on the government for a s. 1 justification.

#### F. *Section 15 of the Charter*

The appellant Malmo-Levine makes the additional argument that the criminalization of marijuana constitutes a breach of s. 15 of the *Charter*. He posits that marijuana users have a “substance orientation” which is a personal characteristic analogous to other s. 15 grounds such as sexual orientation: *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. He further submits that s. 15 is meant to protect individuals who have experienced persecution for activities that are not inherently harmful to society, and in the appellant Malmo-Levine’s view, cannabis use is simply “harmless hedonis[m]”.

A taste for marijuana is not a “personal characteristic” in the sense required to trigger s. 15 protection: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. As Malmo-Levine argues elsewhere, it is a lifestyle choice. It bears no analogy with the personal characteristics listed in s. 15, namely race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. It would trivialize this list to say that “pot” smoking is analogous to gender or religion as a “deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs”: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 5; *Vriend, supra*, at para. 90. Malmo-Levine’s equality claim therefore fails at the first hurdle of the requirements set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. The true focus of s. 15 is “to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society”: *Swain, supra*, at p. 992, per Lamer C.J.; and *Rodriguez, supra*, at p. 616. To uphold Malmo-Levine’s argument for recreational choice (or lifestyle protection) on the basis of s. 15

Comme, à notre avis, les appelants n’ont pas établi l’existence d’une atteinte aux droits garantis par l’art. 7, il n’est pas nécessaire de demander à l’État de procéder à la justification requise par l’article premier.

#### F. *L’article 15 de la Charte*

L’appellant Malmo-Levine fait valoir en outre que la criminalisation de la marijuana porte atteinte à l’art. 15 de la *Charte*. Il soutient que les consommateurs de marijuana ont une [TRADUCTION] « orientation liée à une substance » qui constituerait une caractéristique personnelle analogue aux autres motifs énumérés à l’art. 15, par exemple l’orientation sexuelle : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Il prétend également que l’art. 15 vise à protéger les personnes qui ont été victimes de persécution pour des activités qui ne sont pas en soi dommageables à la société et, à son avis, la consommation de cannabis est simplement une [TRADUCTION] « pratique hédoniste inoffensive ».

Le goût pour la marijuana ne constitue pas une « caractéristique personnelle » emportant l’application de la garantie prévue à l’art. 15 : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Comme le dit par ailleurs M. Malmo-Levine lui-même, il s’agit d’un choix de mode de vie. Il n’y a pas d’analogie avec les caractéristiques personnelles énumérées à l’art. 15, soit la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques. Ce serait banaliser cette énumération que de considérer que la consommation de « pot » est analogue au sexe ou à la religion en ce qu’elle constituerait une « caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n’être modifiée qu’à un prix personnel inacceptable » : *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 5; *Vriend*, précité, par. 90. L’argument de M. Malmo-Levine fondé sur le droit à l’égalité ne satisfait pas à la première des exigences énoncées dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. L’objet véritable de l’art. 15 est de « corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages

183

184

185

of the *Charter* would simply be to create a parody of a noble purpose.

## VI. Conclusion

186 For these reasons, it is our view that the *Charter* challenges must fail and that the appeals should be dismissed.

187 The constitutional questions in the *Malmo-Levine* appeal should therefore be answered as follows:

1. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

3. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 15(1) of the *Charter* by discriminating against a certain group of persons on the basis of their substance orientation, occupation orientation, or both?

Answer: No.

historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne » : *Swain*, précité, p. 992, le juge en chef Lamer; *Rodriguez*, précité, p. 616. Accueillir l'argument de M. Malmo-Levine et étendre la protection de l'art. 15 de la *Charte* à une activité récréative (ou à un mode de vie) équivaudrait tout bonnement à dénaturer ce noble objectif.

## VI. Conclusion

Pour ces motifs, nous sommes d'avis que les contestations fondées sur la *Charte* ne sauraient être accueillies et que les pourvois doivent être rejetés.

Les questions constitutionnelles énoncées dans le pourvoi *Malmo-Levine* doivent en conséquence recevoir les réponses suivantes :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) en vue d'en faire le trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) en vue d'en faire le trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* en traitant un certain groupe de personnes de façon discriminatoire sur le fondement de leur orientation sous l'angle de la substance concernée, de leur orientation sous l'angle de leur occupation ou de leur orientation sous ces deux aspects?

Réponse : Non.

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

The constitutional questions in the *Caine* appeal should be answered as follows:

1. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

3. Is the prohibition on the possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting in *Caine*) — The appeal of the appellant *Caine* calls into question the constitutionality of the provisions prohibiting possession of cannabis (marihuana) for personal use. The provisions are attacked on the ground that they

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Les questions constitutionnelles énoncées dans le pourvoi *Caine* doivent recevoir les réponses suivantes :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — relève de la compétence législative du Parlement du Canada en tant que règle de droit édictée soit en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, soit en vertu du pouvoir de légiférer sur le droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit en vertu d'un autre pouvoir?

Réponse : Oui.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ARBOUR (dissidente dans *Caine*) — Dans son pourvoi, l'appelant *Caine* attaque la constitutionnalité des dispositions interdisant la possession de cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle. Il plaide qu'elles ne

are not within the legislative competence of the Parliament of Canada and that they infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition to challenging the prohibition on simple possession, the appellant Malmo-Levine also challenges the prohibition of possession of marihuana for the purpose of trafficking on the ground that it infringes ss. 7 and 15 of the *Charter*. The case of the appellant Clay (*R. v. Clay*, [2003] 3 S.C.R. 735, 2003 SCC 75), on appeal from the decision of the Court of Appeal for Ontario ((2000), 49 O.R. (3d) 577), was heard together with the cases of the appellants Caine and Malmo-Levine, on appeal from the decision of the Court of Appeal of British Columbia ((2000), 138 B.C.A.C. 218, 2000 BCCA 335). The *Clay* appeal raises issues identical to the *Caine* appeal and is based on similar findings of fact. Therefore, I will address all three appeals in these reasons and refer to the findings of the courts below in Ontario and in British Columbia.

relèvent pas de la compétence législative du Parlement du Canada et qu'elles contreviennent à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour sa part, en plus de la prohibition visant la possession simple, l'appellant Malmo-Levine conteste en outre l'interdiction ayant trait à la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic, soutenant qu'elle viole les art. 7 et 15 de la *Charte*. Le pourvoi de l'appellant Clay (*R. c. Clay*, [2003] 3 R.C.S. 735, 2003 CSC 75), qui interjette appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ((2000), 49 O.R. (3d) 577), a été entendu en même temps que celui des appelants Caine et Malmo-Levine, qui font appel de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique les concernant ((2000), 138 B.C.A.C. 218, 2000 BCCA 335). Le pourvoi *Clay* soulève des questions identiques à celles du pourvoi *Caine* et repose sur des conclusions de fait similaires. Par conséquent, je vais examiner ces trois pourvois dans les présents motifs et me reporter aux conclusions tirées par les juridictions inférieures en Ontario et en Colombie-Britannique.

190

We are asked to address, directly for the first time, whether the *Charter* requires that harm to others or to society be an essential element of an offence punishable by imprisonment. In a landmark 1985 case, Lamer J. (as he then was) said: "A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter*" (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 492 ("*Motor Vehicle Reference*"). In my view, a "person who has not really done anything wrong" is a person whose conduct caused little or no reasoned risk of harm or whose harmful conduct was not his or her fault. Therefore, for the reasons that follow, I am of the view that s. 7 of the *Charter* requires not only that some minimal mental element be an essential element of any offence punishable by imprisonment, but also that the prohibited act be harmful or pose a risk of harm to others. A law that has the potential to convict a person whose conduct causes little or no reasoned risk of harm to others offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then

Pour la première fois, la Cour est directement appelée à se demander si la *Charte* a pour effet d'exiger, comme élément constitutif essentiel d'une infraction punissable par l'emprisonnement, la preuve d'un préjudice pour d'autres personnes ou pour la société. Dans un arrêt historique datant de 1985, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a dit : « Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* » (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 492 (« *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* »)). À mon avis, une « personne qui n'a véritablement rien fait de mal » est une personne dont le comportement n'a créé que peu ou pas de risques véritables de préjudice, ou qui n'est pas responsable de son comportement préjudiciable. Par conséquent, pour les motifs qui suivent, j'estime que l'art. 7 de la *Charte* requiert non seulement que toute infraction punissable par l'emprisonnement comporte un élément moral minimal, mais aussi que l'acte prohibé soit préjudiciable ou présente un risque de préjudice pour d'autres personnes. Une

violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter*. Imprisonment can only be used to punish blameworthy conduct that is harmful to others.

### I. The Facts and the Proceedings

My colleagues Justices Gonthier and Binnie have referred to the salient facts. The adjudicative facts of each case are not in dispute and my colleagues have aptly summarized them. I propose to simply highlight what I consider essential to the disposition of these appeals, most of which is contained in the findings of fact of the trial judges with respect to the harms associated with marihuana use. My colleagues have also referred to recent studies and recent parliamentary reports on the effects of the use of marihuana. The conclusions and recommendations in these new documents are similar to those presented to the trial judges and in my view they add nothing to the full factual record upon which both the trial judges and the courts of appeal in these cases founded their conclusions. In light of this, I do not think that we need to come to our own assessment of the facts. Rather, we should defer to the trial courts absent a patent and overriding error on their part. I am content to rely entirely on the findings of fact below as I see nothing in the new materials introduced before us that suggests that these findings were in error.

The findings of fact made by the trial judges in *Caine* and *Clay* are similar in all respects (they are set out in full in para. 40 of the reasons for judgment of Howard Prov. Ct. J. in the *Caine* appeal, and in para. 25 of the reasons for judgment of McCart J. in the *Clay* appeal). In *Clay*, McCart J. made the following findings of fact, which were accepted by

loi qui permet de déclarer coupable une personne dont le comportement ne crée que peu ou pas de risques véritables de préjudice pour d'autres personnes viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, elle viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. On ne peut recourir à l'emprisonnement que pour punir un comportement blâmable qui est préjudiciable à d'autres personnes.

### I. Les faits et la procédure

Mes collègues les juges Gonthier et Binnie ont exposé les faits pertinents. Les faits en litige dans chaque affaire ne sont pas contestés et mes collègues les ont habilement résumés. Je me propose simplement de dégager les éléments que je considère essentiels pour trancher les présents pourvois et qui, pour la plupart, figurent dans les conclusions de fait tirées par les juges de première instance relativement aux méfaits de la consommation de marihuana. Mes collègues ont également fait état de rapports parlementaires et d'études publiés récemment sur les effets de la consommation de marihuana. Les conclusions et recommandations formulées dans ces documents récents sont similaires à celles qui ont été présentées aux juges de première instance et, selon moi, n'ajoutent rien aux dossiers factuels complets sur lesquels ces juges et les cours d'appel ont appuyé leurs conclusions dans ces affaires. Voilà pourquoi il n'est pas nécessaire à mon avis que nous procédions à notre propre évaluation des faits. En l'absence d'erreur flagrante et dominante des tribunaux de première instance, nous devons plutôt nous en remettre à leur appréciation des faits. Je vais donc m'appuyer entièrement sur les conclusions de fait des juridictions inférieures, puisque je ne vois rien dans les nouveaux documents déposés devant nous qui tende à indiquer que ces conclusions étaient erronées.

Les conclusions de fait tirées par les juges de première instance dans les affaires *Caine* et *Clay* sont à tous égards similaires (elles sont exposées en détail au par. 40 des motifs de la juge Howard de la Cour provinciale dans *Caine*, ainsi qu'au par. 25 de l'arrêt de la Cour d'appel dans *Clay*, le juge McCart). Dans *Clay*, le juge McCart a tiré les conclusions

Rosenberg J.A. at the Court of Appeal for Ontario (at para. 10):

1. Consumption of marijuana is relatively harmless compared to the so-called hard drugs and including tobacco and alcohol;
2. There exists no hard evidence demonstrating any irreversible organic or mental damage from the consumption of marijuana;
3. That cannabis does cause alteration of mental functions and as such; it would not be prudent to drive a car while intoxicated;
4. There is no hard evidence that cannabis consumption induces psychoses;
5. Cannabis is not an addictive substance;
6. Marijuana is not criminogenic in that there is no evidence of a causal relationship between cannabis use and criminality;
7. That the consumption of marijuana probably does not lead to "hard drug" use for the vast majority of marijuana consumers, although there appears to be a statistical relationship between the use of marijuana and a variety of other psychoactive drugs;
8. Marijuana does not make people more aggressive or violent;
9. There have been no recorded deaths from the consumption of marijuana;
10. There is no evidence that marijuana causes amotivational syndrome;
11. Less than 1% of marijuana consumers are daily users;
12. Consumption in so-called "de-criminalized states" does not increase out of proportion to states where there is no de-criminalization;
13. Health related costs of cannabis use are negligible when compared to the costs attributable to tobacco and alcohol consumption.

de fait suivantes qui ont été acceptées par le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario (au par. 10) :

[TRADUCTION]

1. La consommation de marihuana est relativement peu dommageable si on la compare à la consommation de drogues dites dures, ainsi qu'au tabac et à l'alcool.
2. Il n'existe aucune preuve tangible que la consommation de marihuana cause des dommages physiques ou mentaux irréversibles.
3. Le cannabis agit sur les fonctions mentales et, pour cette raison, il ne serait pas prudent de prendre le volant après en avoir consommé.
4. Il n'y a aucune preuve tangible que la consommation de cannabis déclenche des psychoses.
5. Le cannabis n'est pas une substance créant une dépendance.
6. La marihuana n'est pas criminogène, en ce sens qu'il n'y a aucune preuve établissant un lien de causalité entre la consommation de cannabis et la criminalité.
7. Pour la vaste majorité des usagers, le fait de consommer de la marihuana ne les amène probablement pas à essayer des « drogues dures », bien qu'il semble exister des liens statistiques entre la consommation de marihuana et celle de diverses autres drogues psychotropes.
8. La marihuana ne rend pas les gens plus agressifs ou plus violents.
9. Aucun décès n'a été attribué à la consommation de marihuana.
10. Il n'y a aucune preuve que la marihuana cause le syndrome amotivationnel.
11. Moins de 1 % des consommateurs de marihuana en consomment quotidiennement.
12. La consommation dans les pays dits « pays de décriminalisation » n'augmente pas de façon démesurée par rapport à la consommation dans ceux où il n'y a pas de décriminalisation.
13. Les coûts des soins de santé liés à la consommation de cannabis sont négligeables quand on les compare à ceux imputables à la consommation du tabac et de l'alcool.

After having thus established what harms are not associated with marihuana use, *McCart J.* found, at paras. 26-27:

Having said all of this, there was also general consensus among the experts who testified that the consumption of marijuana is not completely harmless. While marijuana may not cause schizophrenia, it may trigger it. Bronchial pulmonary damage is at risk of occurring with heavy use. However, to be fair, there is also general agreement among the experts who testified that moderate use of marijuana causes no physical or psychological harm. Field studies in Greece, Costa Rica and Jamaica generally supported the idea that marijuana was a relatively safe drug — not totally free from potential harm, but unlikely to create serious harm for most individual users or society.

The Le Dain Commission found at least four major grounds for social concern: the probably harmful effect of cannabis on the maturing process in adolescence; the implications for safe driving arising from impairment of cognitive functions and psycho motor abilities, from the additive interaction of cannabis and alcohol and from the difficulties of recognizing or detecting cannabis intoxication; the possibility, suggested by reports in other countries and clinical observations on this continent, that the long term, heavy use of cannabis may result in a significant amount of mental deterioration and disorder; and the role played by cannabis in the development and spread of multi-drug use by stimulating a desire for drug experience and lowering inhibitions about drug experimentation. This report went on to state that it did not yet know enough about cannabis to speak with assurance as to what constitutes moderate as opposed to excessive use.

In *Caine*, Howard Prov. Ct. J. found as follows with respect to what harms are not associated with marihuana use (at para. 40):

1. the occasional to moderate use of marihuana by a healthy adult is not ordinarily harmful to health, even if used over a long period of time;

Après avoir ainsi établi quels sont les problèmes qui ne sont pas liés à la consommation de marihuana, le juge *McCart* a dit ceci, aux par. 26-27 :

[TRADUCTION] Cela dit, les experts qui ont témoigné s'accordaient généralement pour dire que la consommation de marihuana n'est pas complètement inoffensive. Bien que la marihuana ne puisse causer la schizophrénie, elle peut la déclencher. La consommation excessive de cette substance peut être à l'origine de troubles broncho-pulmonaires. Il faut toutefois admettre que les experts qui ont témoigné ont aussi généralement reconnu qu'une consommation modérée de marihuana n'entraîne aucun trouble physique ou psychique. Des études sur le terrain en Grèce, au Costa Rica et en Jamaïque permettent de façon générale de penser que la marihuana est une drogue relativement inoffensive — qui sans être totalement sans danger, est néanmoins peu susceptible d'avoir des effets néfastes graves pour la plupart des personnes qui en consomment ou pour la société.

La Commission Le Dain a relevé quatre aspects principaux constituant des sources de préoccupation pour la société : l'effet probablement dommageable du cannabis sur le développement des adolescents; les dangers de la route résultant de l'altération des fonctions cognitives et facultés psychomotrices sous la double influence du cannabis et de l'alcool, aggravés par les difficultés de dépistage de l'ivresse cannabique; selon des rapports publiés à l'étranger et des observations cliniques effectuées sur le continent nord-américain, une grande consommation de cannabis à long terme pourrait entraîner d'importantes détériorations des facultés mentales et des troubles mentaux sérieux; le rôle du cannabis dans le développement de polytoxicomanies et la propagation de ce phénomène, du fait que sa consommation stimule le désir d'expérimenter d'autres drogues et réduit les inhibitions à cet égard. Le rapport ajoute que nous n'avons pas encore une connaissance suffisante du cannabis pour être en mesure de dire avec certitude en quoi consiste un usage modéré et un usage excessif.

Dans l'affaire *Caine*, le juge Howard a tiré les conclusions suivantes relativement aux effets néfastes qui ne sont pas liés à l'usage de marihuana (au par. 40) :

[TRADUCTION]

1. la consommation occasionnelle ou modérée de marihuana par un adulte bien portant n'a généralement pas d'effets néfastes pour sa santé, même si elle se poursuit pendant une longue période;

2. there is no conclusive evidence demonstrating any irreversible organic or mental damage to the user, except in relation to the lungs and then only to those of a chronic, heavy user such as a person who smokes at least 1 and probably 3-5 marihuana joints per day;
3. there is no evidence demonstrating irreversible, organic or mental damage from the use of marihuana by an ordinary healthy adult who uses occasionally or moderately;
4. marihuana use does cause alteration of mental function and as such should not be used in conjunction with driving, flying or operating complex machinery;
5. there is no evidence that marihuana use induces psychosis in ordinary healthy adults who use [marihuana] occasionally or moderately and, in relation to the heavy user, the evidence of marihuana psychosis appears to arise only in those having a predisposition towards such a mental illness;
6. marihuana is not addictive;
7. there is a concern over potential dependence in heavy users, but marihuana is not a highly reinforcing type of drug, like heroin or cocaine and consequently physical dependence is not a major problem; psychological dependence may be a problem for the chronic user;
8. there is no causal relationship between marihuana use and criminality;
9. there is no evidence that marihuana is a gateway drug and the vast majority of marihuana users do not go on to try hard drugs; recent animal studies involving the release of dopamine and the release of cortico releasing factor when under stress do not support the gateway theory;
10. marihuana does not make people aggressive or violent, but on the contrary it tends to make them passive and quiet;
11. there have been no deaths from the use of marihuana;
2. il n'y a aucune preuve concluante de dommages physiques ou mentaux irréversibles pour les usagers, sauf pour ce qui est des poumons. On signale de tels dommages uniquement chez les usagers chroniques qui consomment de grandes quantités de marihuana, à savoir les personnes fumant au moins 1, et probablement 3 à 5 joints quotidiennement;
3. il n'y a aucune preuve que la consommation occasionnelle ou modérée de marihuana par un adulte en santé lui cause des dommages physiques ou mentaux irréversibles;
4. la consommation de marihuana agit sur les fonctions mentales et, pour cette raison, une personne ne devrait pas en consommer lorsqu'elle conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou fait fonctionner un appareil complexe;
5. il n'y a aucune preuve démontrant que la marihuana déclenche des psychoses chez les adultes en bonne santé qui n'en consomment qu'occasionnellement ou modérément; pour ce qui est des grands consommateurs, la preuve révèle que la psychose induite par la consommation de cannabis ne se manifeste que lorsque l'usager présente une prédisposition à une telle maladie mentale;
6. la marihuana ne crée pas de dépendance;
7. l'effet potentiellement toxicomanogène de la marihuana chez les grands consommateurs est un sujet de préoccupation, mais comme elle n'est pas une drogue à effet très renforçateur comme l'héroïne ou la cocaïne, la dépendance physique n'est pas un problème important; la dépendance psychique peut être un problème dans le cas des consommateurs chroniques;
8. il n'y a pas de lien de causalité entre la consommation de marihuana et la criminalité;
9. il n'y a aucune preuve que la marihuana soit une drogue d'introduction et la grande majorité des consommateurs de marihuana n'essaient pas des drogues dures; des études expérimentales effectuées récemment avec des animaux et portant sur la libération de dopamine et de corticolibérine (*cortico releasing factor*) en situations de stress ne corroborent pas la théorie selon laquelle la marihuana est une drogue d'introduction;
10. la marihuana ne rend pas les gens agressifs ou violents; bien au contraire, elle a tendance à les rendre passifs et calmes;
11. il n'y a eu aucun décès attribuable à la consommation de marihuana;



12. there is no evidence of an amotivational syndrome, although chronic use of marihuana could decrease motivation, especially if such a user smokes so often as to be in a state of chronic intoxication;
13. assuming current rates of consumption remain stable, the health related costs of marihuana use are very, very small in comparison with those costs associated with tobacco and alcohol consumption.

The trial judge mentioned that these findings were consistent with, *inter alia*, the findings of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs, chaired by Gerald Le Dain (later Le Dain J. of this Court). After almost four years of public hearings and research, the majority of the commissioners concluded that simple possession of marihuana should not be a criminal offence. The Commission made the following findings with respect to the harms that are not associated with marihuana use:

1. cannabis is not a “narcotic”;
2. few acute physiological effects have been detected from current use in Canada;
3. few users (less than one percent) of cannabis move on to use harder and more dangerous drugs;
4. there is no scientific evidence indicating that cannabis use is responsible for other forms of criminal behaviour;
5. at present levels of use, the risks or harms from consumption of cannabis are much less serious than the risks or harms from alcohol use; and
6. the short term physical effects of cannabis are relatively insignificant and there is no evidence of serious long term physical effects.

(*Cannabis: A Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (1972), at pp. 265-310)

12. il n’y a aucune preuve de l’existence d’un syndrome amotivationnel, bien que la consommation chronique de cannabis puisse réduire la motivation, notamment si l’usager en fume si souvent qu’il se trouve dans un état d’intoxication chronique;
13. si l’on présume que les niveaux actuels de consommation restent stables, les coûts des soins de santé liés à l’usage de la marihuana sont très très faibles si on les compare à ceux liés à la consommation du tabac et de l’alcool.

La juge de première instance a dit que ces conclusions concordaient notamment avec celles de la Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales présidée par Gerald Le Dain (plus tard juge à la Cour suprême du Canada). Au terme de presque quatre années d’audiences publiques et de recherches, la majorité des commissaires ont conclu que la simple possession de marihuana ne devrait pas constituer une infraction criminelle. La Commission a tiré les conclusions suivantes au sujet des méfaits qui ne sont pas liés à l’usage de marihuana :

1. le cannabis n’est pas un « stupéfiant »;
2. l’usage actuel du cannabis au Canada révèle peu d’effets physiques aigus;
3. peu de consommateurs de cannabis (moins de un pour cent) deviennent des consommateurs de drogues plus dures et plus dangereuses;
4. il n’a pas été démontré scientifiquement que l’usage du cannabis est la cause d’autres comportements criminels;
5. eu égard aux niveaux actuels de consommation, les risques d’effets néfastes du cannabis sont moindres que ceux découlant de la consommation d’alcool;
6. les effets à court terme du cannabis sur l’organisme sont relativement minimes et il n’a pas été démontré que cette drogue pouvait avoir des effets physiques durables.

(*Le cannabis : Rapport de la Commission d’enquête sur l’usage des drogues à des fins non médicales* (1972), p. 267-311)

196

Howard Prov. Ct. J. added, however, that marihuana is not a “completely harmless drug for all individual users” (para. 42). She first discussed the health risks for the user and summarized her findings as follows (at para. 39):

On the question of whether individual marihuana users face any health risks, the distinction between “low/occasional/moderate users” and “chronic users” is of considerable importance. Quite simply, the risk of harm from the use of marihuana depends upon which group one is talking about. All of the witnesses from whom I have heard, including Dr. Kalant, appear to agree that there is no evidence to sug[g]est that low/occasional/moderate users assume any significant health risks from smoking marihuana, so long as they are healthy adults and do not fall into one of the vulnerable groups, namely immature youths, pregnant women and the mentally ill. On the other hand, for the chronic user, there is a significant health risk although, this is primarily from the process of smoking, rather than from the chemical make-up of the drug.

Howard Prov. Ct. J. again referred, at para. 42, to the findings of the Le Dain Commission, this time with respect to the harm that may be occasioned by marihuana use. These findings were also referred to in *Clay*, at para. 27, and reproduced above, but I repeat them here for convenience:

1. “the probably harmful effect of cannabis on the maturing process in adolescence;”
2. “the implications for safe driving arising from impairment of cognitive functions and psychomotor abilities . . .;”
3. “the possibility, suggested by reports in other countries and clinical observations on this continent, that the long term, heavy use of cannabis may result in a significant amount of mental deterioration and disorder;” and
4. “the role played by cannabis in the development and spread of multi-drug use by stimulating

La juge Howard a toutefois ajouté que la marihuana n’est pas [TRADUCTION] « une drogue complètement inoffensive pour tous les usagers » (par. 42). Elle a d’abord examiné les risques que présente la marihuana pour la santé de l’usager et elle a résumé ses conclusions de la manière suivante (au par. 39) :

[TRADUCTION] Pour ce qui est de savoir si les personnes qui consomment de la marihuana courent des risques pour leur santé, la distinction entre la « consommation faible, occasionnelle ou modérée » et la « consommation chronique » est très importante. En bref, les risques que présente l’usage de la marihuana varient selon le groupe concerné. Tous les témoins que j’ai entendus, y compris le D<sup>r</sup> Kalant, semblent s’entendre pour dire que rien n’indique que les personnes qui n’en font qu’une consommation faible, occasionnelle ou modérée courent des risques importants pour leur santé dans la mesure où il s’agit d’adultes bien portants et n’appartenant pas à l’un des groupes vulnérables, à savoir les jeunes consommateurs, les femmes enceintes et les personnes atteintes de maladies mentales. Par contre, pour ceux qui en font une consommation chronique, les risques pour la santé sont importants, quoiqu’ils découlent principalement du fait que la drogue est fumée, plutôt que de la composition chimique de celle-ci.

Au paragraphe 42 de ses motifs, la juge Howard s’est de nouveau reportée aux conclusions de la Commission Le Dain, en ce qui a trait cette fois aux méfaits qui peuvent découler de l’usage de la marihuana. Ces conclusions, qui sont reproduites ci-dessus, ont également été mentionnées dans *Clay*, par. 27. Je vais néanmoins les répéter une fois de plus, par souci de commodité :

1. « l’effet probablement dommageable du cannabis sur le développement des adolescents; »
2. « les dangers de la route résultant de l’altération des fonctions cognitives et facultés psychomotrices . . . ; »
3. « selon des rapports publiés à l’étranger et des observations cliniques effectuées sur le continent nord-américain, une grande consommation de cannabis à long terme pourrait entraîner d’importantes détériorations des facultés mentales et des troubles mentaux sérieux; »
4. « le rôle du cannabis dans le développement de polytoxicomanies et la propagation de ce

a desire for drug experience and lowering inhibitions about drug experimentation.”

Howard Prov. Ct. J. also referred to the Hall Report (W. Hall, N. Solowij and J. Lemon, *National Drug Strategy: The health and psychological consequences of cannabis use* (1994), and summarized its conclusions with regard to the “[a]cute effects” of marihuana use, that is, the adverse effects that might occur while actually under the influence (at para. 44):

Taken as a whole, the findings suggest that: (1) naive users should be careful and if they choose to smoke should do so with experienced users and in an appropriate setting, (2) no one should be studying, writing an exam, or engaging in other complex mental activities while in a state of intoxication induced by cannabis (or alcohol, for that matter); (3) pregnant women should not smoke cannabis (of course, they should not be smoking tobacco or drinking alcohol either); (4) the mentally ill or those with a family history of mental illness should not use cannabis; and (5) as with alcohol, no one should drive, fly or operate complex machinery while under the influence of marihuana.

As to the “chronic effects”, that is, the adverse effects that might occur from the chronic use of cannabis (daily use over many years), the Hall Report notes that there is still considerable “uncertainty” and Howard Prov. Ct. J. summarized its findings as follows, at paras. 45-46:

The “major probable adverse effects” from chronic use appear to be:

- respiratory diseases associated with smoking as the method of administration, such as chronic bronchitis, and the occurrence of histo[pa]th[o]logical changes that may be precursors to the development of malignancy;
- development of a cannabis dependence syndrome, characterized by an inability to abstain from or to control cannabis use;

phénomène, du fait que sa consommation stimule le désir d’expérimenter d’autres drogues et réduit les inhibitions à cet égard. »

La juge Howard a également fait état du rapport Hall (W. Hall, N. Solowij et J. Lemon, *National Drug Strategy : The health and psychological consequences of cannabis use* (1994)), dont elle a résumé les conclusions sur les [TRADUCTION] « [e]ffets aigus » de l’usage de la marihuana, c’est-à-dire les conséquences néfastes susceptibles de se produire pendant que la personne est sous l’effet de cette substance (au par. 44) :

[TRADUCTION] Considérées globalement, voici ce qui ressort des conclusions : (1) les consommateurs inexpérimentés devraient faire montre de prudence et, s’ils choisissent de fumer du cannabis, ils devraient le faire en compagnie de consommateurs expérimentés et dans un lieu approprié; (2) nul ne devrait étudier, se présenter à un examen ou se livrer à d’autres activités intellectuelles complexes dans l’état d’intoxication provoqué par le cannabis (ou d’ailleurs par l’alcool); (3) les femmes enceintes ne devraient pas fumer de cannabis (et ne devraient évidemment pas fumer la cigarette ni boire de l’alcool); (4) les personnes atteintes de maladies mentales ou celles possédant des antécédents familiaux à cet égard ne devraient pas consommer du cannabis; (5) comme c’est le cas pour l’alcool, nul ne devrait conduire un véhicule à moteur, piloter un avion ou faire fonctionner un appareil complexe lorsque ses facultés sont affaiblies par la marihuana.

Pour ce qui est des « effets chroniques », c’est-à-dire les effets néfastes que peut entraîner la consommation à long terme de cannabis (usage quotidien pendant de nombreuses années), le rapport Hall précise qu’il existe encore beaucoup d’[TRADUCTION] « incertitude » à cet égard; la juge Howard a résumé ainsi les conclusions du rapport (aux par. 45-46) :

[TRADUCTION] Les « principaux effets néfastes probables » de la consommation chronique semblent être les suivants :

- troubles respiratoires liés au fait que la substance est fumée, par exemple bronchite chronique et apparition de changements histopathologiques qui peuvent être des signes précurseurs du développement de tumeurs malignes;
- développement du syndrome de dépendance au cannabis, qui se caractérise par l’incapacité de s’abstenir d’en consommer ou de limiter sa consommation;

- subtle forms of cognitive impairment, most particularly of attention and memory, which persist while the user remains chronically intoxicated, and may or may not be reversible after prolonged abstinence from cannabis.

The “major possible adverse effects” from chronic use (that is, effects which remain to be confirmed by further research) are:

- an increased risk of developing cancers of the aerodigestive tract, i.e. oral cavity, pharynx, and oesophagus;
- an increased risk of leukaemia among offspring exposed while in utero; (since disproved)
- a decline in occupational performance marked by underachievement in adults in occupations requiring high level cognitive skills, and impaired educational attainment in adolescents;
- birth defects occurring among children of women who used cannabis during pregnancies. (since disproved)

Both Dr. Kalant and Dr. Connolly agreed that research since the publication of the Hall Report (1994) has failed to reveal any foundation for the above-noted concerns regarding (1) leukaemia among off-spring, and (2) birth defects among children of women who used marihuana during pregnancy. These concerns would no longer be considered as “risks” in the scientific community.

Finally, the Hall Report identifies three traditional “high risk groups”:

- (1) Adolescents with a history of poor school performance whose educational achievements may be further limited by cognitive impairments if chronically intoxicated, or who start using cannabis at an early age (there being a concern that such youths are at higher risk of becoming chronic users of cannabis as well as other drugs);
- (2) Women of childbearing age, because of the concern with the effects of smoking cannabis while pregnant; and
- (3) Persons with pre-existing diseases such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia or

- formes subtiles d'affaiblissement des facultés cognitives, plus particulièrement manque d'attention et pertes de mémoire, qui persistent quand le consommateur reste intoxiqué de manière chronique et qui peuvent être réversibles ou non après une abstinence prolongée.

Les « principaux effets néfastes possibles » de la consommation chronique (c'est-à-dire les effets qui restent à être confirmés par des recherches additionnelles) sont les suivants :

- risque accru de cancers des voies aérodigestives, c'est-à-dire la cavité buccale, le pharynx et l'œsophage;
- risque accru de leucémie pour les enfants qui ont été exposés à la drogue pendant qu'ils étaient encore dans l'utérus de leur mère (la preuve du contraire a été apportée depuis);
- baisse du rendement professionnel marquée par une improductivité chez les adultes dont les activités requièrent l'application d'habiletés intellectuelles poussées et par des résultats scolaires médiocres chez les adolescents;
- anomalies congénitales chez les enfants dont la mère a consommé du cannabis pendant la grossesse (la preuve du contraire a été apportée depuis).

Les D<sup>rs</sup> Kalant et Connolly ont reconnu que les recherches effectuées depuis la publication du rapport Hall (1994) n'ont pas démontré le bien-fondé des inquiétudes concernant (1) la leucémie chez les descendants et (2) les anomalies congénitales chez les enfants des femmes ayant consommé de la marihuana pendant la grossesse. Ces problèmes ne seraient désormais plus considérés comme des « risques » dans les milieux scientifiques.

Enfin, le rapport Hall identifie les trois groupes traditionnels « à risque élevé » :

- (1) Les adolescents aux résultats scolaires médiocres dont la réussite scolaire peut être compromise davantage par des déficiences cognitives, en cas d'intoxication chronique, ou ceux qui commencent à consommer du cannabis lorsqu'ils sont très jeunes (on s'inquiète des risques accrus que ces jeunes deviennent des consommateurs chroniques de cannabis et d'autres drogues).
- (2) Les femmes en âge de procréer en raison des effets de la consommation de cannabis pendant la grossesse.
- (3) Les personnes qui souffrent d'affections préexistantes comme des maladies cardiovasculaires, des

other drug dependencies, all of whom may face a risk of precipitating or exacerbating the symptoms of their d[is]eases.

On the basis of this evidence, Howard Prov. Ct. J. concluded as follows with respect to the health risks to the user occasioned by marihuana use (at para. 48):

There was general agreement among the witnesses who appeared before me (save perhaps for Dr. Morgan) that the conclusions contained in the Hall Report were sound (except for the references to leukemia and birth defects), based on the scientific information available at this time. It should be noted that, apart from the “acute effects”, which are rare and transient, none of the above reports raise any significant concerns about the well-being of a healthy adult who is a low/occasional/moderate user of marihuana.

Howard Prov. Ct. J. then discussed the risk of harm to others or to society as a whole. She concluded that the only possible harm to individual members of society is related to the fact that an “individual who is in a state of intoxication induced by marihuana poses a risk to the health and safety of others should he or she drive, fly or operate complex machinery” (para. 49). However, Howard Prov. Ct. J. noted that while the state had a legitimate interest in protecting members of society from such conduct, s. 253(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, ch. C-46, already achieves this purpose. With respect to harm to society as a whole, Howard Prov. Ct. J., at paras. 51-52, concluded that

[t]he current widespread use of marihuana does not appear to have had any significant impact on the health care system of this province and, more importantly, it has not been perceived by our health care officials as a significant health concern, either provincially or nationally. . . .

The evidence establishes that any health care concerns (including financial concerns) associated with marihuana use in this country are minor compared to the social, criminal and financial costs associated with the use of alcohol or tobacc[o].

troubles respiratoires, la schizophrénie ou d’autres toxicomanies, du fait que la consommation du cannabis risque de précipiter la manifestation des symptômes de leurs maladies ou de les exacerber.

S’appuyant sur ces éléments de preuve, la juge Howard a tiré les conclusions suivantes au sujet des risques que présente la marihuana pour la santé de ceux qui en consomment (au par. 48) :

[TRADUCTION] Les témoins qui ont comparu devant moi (à l’exception peut-être du D<sup>r</sup> Morgan) s’accordaient pour dire que les conclusions du rapport Hall étaient valables (sauf pour ce qui est des mentions concernant la leucémie et les anomalies congénitales) compte tenu des données scientifiques disponibles à l’époque. Il convient de souligner que, exception faite des données sur les « effets aigus », qui sont rares et passagers, aucun des rapports susmentionnés ne fait état d’inquiétudes importantes au sujet du bien-être d’adultes en santé ne faisant qu’une consommation faible, occasionnelle ou modérée de marihuana.

La juge Howard a ensuite examiné la question du risque de préjudice pour d’autres personnes et pour l’ensemble de la société. Elle a conclu que le seul préjudice possible pour d’autres membres de la société est lié au fait qu’une [TRADUCTION] « personne en état d’intoxication après avoir consommé de la marihuana présente un risque pour la santé et la sécurité d’autres personnes si elle conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou fait fonctionner un appareil complexe » (par. 49). La juge Howard a toutefois souligné que, bien qu’il soit légitime pour l’État de protéger les membres de la société contre un tel comportement, l’al. 253a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, atteint déjà cet objectif. Quant au préjudice pour l’ensemble de la société, la juge de première instance a tiré la conclusion suivante (aux par. 51-52) :

[TRADUCTION] L’usage répandu qui est fait actuellement de la marihuana ne semble pas avoir d’effets importants sur le régime de soins de santé de la province et, facteur plus important, il n’est pas considéré par les autorités sanitaires comme un problème de santé important à l’échelle provinciale ou nationale. . . .

La preuve montre que les inquiétudes relatives aux soins de santé (y compris les inquiétudes financières) que suscite l’usage de la marihuana dans notre pays sont mineures par rapport aux coûts d’ordre social, criminel et financier liés à la consommation d’alcool et de tabac.

200

Finally, Howard Prov. Ct. J. considered the harm caused by the prohibition of marihuana, which she summarized as follows, at para. 63:

1. countless Canadians, mostly adolescents and young adults, are being prosecuted in the “criminal” courts, subjected to the threat of (if not actual) imprisonment, and branded with criminal records for engaging [in] an activity that is remark[a]bly benign (estimates suggest that over 600,000 Canadians now have criminal records for cannabis related offences); meanwhile others are free to consume society’s drugs of choice, alcohol and tobacco, even though these drugs are known killers;
2. disrespect for the law by upwards of one million persons who are prepared to engage in this activity, notwithstanding the legal prohibition;
3. distrust, by users, of health and educational authorities who, in the past, have promoted false and exaggerated allegations about marihuana; the risk is that marihuana users, especially the young, will no longer listen, even to the truth;
4. lack of open communication between young persons and their elders about their use of the drug or any problems they are experiencing with it, given that it is illegal;
5. the risk that our young people will be associating with actual criminals and hard drug users who are the primary suppliers of the drug;
6. the lack of governmental control over the quality of the drug on the market, given that it is available only on the black market;
7. the creation of a lawless sub-culture whose only reason for being is to grow, import and distribute a drug which is not available through lawful means;
8. the enormous financial costs associated with enforcement of the law; and
9. the inability to engage in meaningful research into the properties, effects and dangers of the drug, because possession of the drug is unlawful.

Enfin, la juge Howard a examiné et résumé ainsi, au par. 63, le préjudice causé par l’interdiction relative à la marihuana :

## [TRADUCTION]

1. Existence d’un nombre incalculable de Canadiens, en majorité des adolescents et des jeunes adultes, qui sont poursuivis devant les cours « criminelles », sont menacés d’emprisonnement (lorsqu’ils ne sont pas effectivement emprisonnés) et traînent ensuite un casier judiciaire pour s’être livrés à une activité complètement inoffensive (on estime que plus de 600 000 Canadiens possèdent maintenant un casier judiciaire pour des infractions liées au cannabis); pendant ce temps, d’autres citoyens sont libres de consommer les drogues préférées de la société, l’alcool et le tabac, même si l’on sait qu’elles sont meurtrières.
2. Inobservation de la loi par plus d’un million de personnes qui sont prêtes à se livrer à cette activité, et ce bien que la loi l’interdise.
3. Méfiance des usagers à l’égard des autorités scolaires et sanitaires qui, dans le passé, ont défendu des affirmations erronées et exagérées au sujet de la marihuana, situation entraînant le risque que les consommateurs de marihuana, les jeunes en particulier, fassent la sourde oreille, même dans les cas où ce qu’on leur dit est vrai.
4. Manque de communication franche entre les jeunes et leurs aînés au sujet de la consommation de marihuana par les premiers ou des problèmes qu’ils vivent à cet égard, du fait que l’usage de cette drogue est illégal.
5. Risque que les jeunes s’associent avec de véritables criminels et des consommateurs de drogues dures qui sont les principaux fournisseurs de la drogue.
6. Absence de contrôle par le gouvernement de la qualité de la drogue, étant donné que celle-ci n’est vendue que sur le marché noir.
7. Création d’une sous-culture anarchique dont la seule raison d’être est la culture, l’importation et la distribution d’une drogue qu’il est impossible de se procurer par des voies légales.
8. Énormes coûts financiers liés à l’application de la loi.
9. Incapacité d’effectuer des recherches sérieuses sur les propriétés, les effets et les dangers de la drogue, du fait qu’il est illégal d’en avoir en sa possession.

We have to analyse the constitutional questions raised in these appeals on the basis of these facts. Although criminalization of marihuana is a sensitive political issue and raises many social policy considerations, our analysis is circumscribed by the findings of fact of the trial judges, which are well supported by an extensive record. These findings are the basis upon which we must decide whether, or to what extent, Parliament may criminalize under threat of imprisonment possession of marihuana for personal use and, alternatively, for the purpose of trafficking. We must determine whether, on the basis of these facts, constitutional requirements are met, with respect to both the division of powers issue and the *Charter* considerations. These cases are not about whether Parliament should or should not prohibit or regulate possession of marihuana, whether the law is fair or unfair to marihuana users, or whether the legislation is effective in reducing the harm occasioned by marihuana use. These cases ask us to determine the limits imposed by the *Charter* upon Parliament to use imprisonment as a sanction for prohibited conduct.

## II. Analysis

Parliament has full legislative power with respect to the criminal law, including the determination of the essential elements of any given crime. Prior to the enactment of the *Charter*, Parliament could prohibit any act and impose any penal consequences for infringing the prohibition, provided only that the prohibition served “a public purpose which can support it as being in relation to criminal law” (*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (“*Margarine Reference*”), p. 50; appeal to the Privy Council dismissed, [1951] A.C. 179). Once the legislation was found to have met this test, the courts had virtually no role in reviewing the substance of the legislation. However, with the entrenchment of the *Charter* in the Constitution, courts must now consider not only the *vires* of legislation, but also the compliance of legislation with the guarantees of the *Charter*

C’est à la lumière de ces faits que nous devons analyser les questions constitutionnelles soulevées dans les présents pourvois. Bien que la criminalisation de la marihuana soit une question politique délicate et qu’elle soulève de nombreuses considérations d’ordre social, les conclusions de fait des juges de première instance, qui sont bien étayées par un dossier détaillé, viennent circonscrire le cadre de notre analyse. C’est à partir de ces conclusions que nous devons décider si le Parlement peut criminaliser et rendre passible d’emprisonnement — et, dans l’affirmative, dans quelle mesure — la possession de marihuana aux fins de consommation personnelle ou aux fins de trafic. Nous devons décider si, compte tenu de ces faits, les exigences constitutionnelles ont été respectées au regard du partage des compétences et de considérations fondées sur la *Charte*. Les affaires dont nous avons été saisis ne portent pas sur la question de savoir si le Parlement doit interdire ou réglementer la possession de marihuana, si la loi est juste ou injuste à l’égard des consommateurs de marihuana ou encore si elle permet de réduire le préjudice découlant de l’usage de cette substance. Nous sommes plutôt appelés à déterminer les limites que la *Charte* impose au Parlement lorsqu’il a recours à l’emprisonnement pour punir le comportement qu’il prohibe.

## II. Analyse

Le Parlement possède la plénitude du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, y compris pour établir les éléments constitutifs essentiels de tout crime. Avant l’édiction de la *Charte*, le Parlement pouvait interdire n’importe quel acte et imposer n’importe quelles conséquences pénales pour manquement à cette interdiction, pourvu seulement que celle-ci vise [TRADUCTION] « un intérêt public qui [pouvait] lui donner un fondement la rattachant au droit criminel » (*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (« *Renvoi sur la margarine* »), p. 50; appel au Conseil privé rejeté, [1951] A.C. 179). Une fois que le tribunal avait jugé que la mesure législative respectait ce critère, il n’avait pratiquement plus aucun rôle à jouer dans l’examen de cette mesure. Toutefois, depuis l’ajout de la *Charte* à la Constitution, les tribunaux doivent désormais non seulement se

(*R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 651; *Motor Vehicle Reference*, *supra*, at pp. 496-97, *per* Lamer J., at p. 525, *per* Wilson J.).

203

In assessing *Charter* compliance, courts are to look both to the purpose and to the effect of the legislation (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1071, *per* Lamer J.). As Dickson J. (as he then was) said, speaking for the majority of this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 334, “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”. Thus, as Lamer J. said in *Smith*, *supra*, at p. 1071:

... 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.

Hence, in the cases before this Court, even if Parliament has the legislative power to prohibit and sanction possession of marijuana, i.e. if there is a legitimate legislative purpose falling under a federal head of power, the means chosen by Parliament to achieve this purpose, for example the type of sanction chosen to enforce the prohibition, may infringe the rights to life, liberty or security of the appellants in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice, as protected by s. 7 of the *Charter*.

204

These cases concern whether the provisions prohibiting possession of marijuana for personal use and, alternatively, for the purpose of

demandeur si la loi est *intra vires*, mais aussi déterminer si elle respecte les garanties prévues par la *Charte* (*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 651; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 496-497, le juge Lamer, p. 525, la juge Wilson).

Les tribunaux appelés à contrôler la conformité d'une mesure législative avec la *Charte* doivent examiner à la fois l'objet de cette mesure et ses effets (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1071, le juge Lamer). Comme l'a dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) au nom de la majorité de la Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 334, « 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 ». Ainsi, comme l'a dit le juge Lamer dans l'arrêt *Smith*, précité, p. 1071 :

... 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.

Par conséquent, dans les présents pourvois, même si le Parlement a le pouvoir de légiférer pour interdire et sanctionner la possession de marijuana, c'est-à-dire s'il existe un objectif législatif légitime relevant d'un chef de compétence fédérale, il est possible que les moyens retenus par le législateur pour réaliser cet objectif — par exemple le type de sanction choisi pour faire respecter l'interdiction — portent atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité des appelants d'une manière qui ne soit pas conforme aux principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte*.

Dans les affaires qui nous occupent, il s'agit de décider si les dispositions interdisant la possession de marijuana aux fins de consommation personnelle



trafficking, are within the constitutional legislative power of the Parliament of Canada, either under its general peace, order and good government power (“POGG power”), or under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* pursuant to its criminal law power. These cases also concern whether the impugned provisions are contrary to s. 7 of the *Charter*. Much confusion has permeated the debate before us and in the courts below regarding these two related but distinct limits imposed upon Parliament’s legislative power. Much of the debate thus far has indeed surrounded whether Parliament could “criminalize” possession of marihuana. This issue must be decided according to the division of powers principles, and is but one aspect of the constitutional challenge before us. The *Charter* imposes additional constraints on Parliament when it chooses to provide for deprivation of liberty. I will analyse these two limits on legislative power in turn and endeavour to distinguish the thresholds to be met, as they are in my view distinct and serve different purposes.

#### A. *The Division of Powers Issue*

The appellants Clay and Caine challenge the prohibition against possession of marihuana as being beyond the authority of Parliament under the *Constitution Act, 1867*. My colleagues Gonthier and Binnie JJ. have concluded that the impugned provisions fall under the criminal law head of power. For that reason, they conclude that it is not necessary to revisit the correctness of the conclusion in *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, with respect to Parliament’s residual authority to deal with drugs in general or marihuana in particular under the POGG power. I am in general agreement with the conclusion reached by my colleagues and I will only make a few comments, which will inform the *Charter* analysis.

et, dans l’autre cas, aux fins de trafic, relèvent de la compétence législative du Parlement du Canada soit en vertu de son pouvoir général d’assurer « la paix, l’ordre et le bon gouvernement », soit en vertu de son pouvoir de légiférer sur le droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faut également se demander si les dispositions contestées contreviennent à l’art. 7 de la *Charte*. Ces deux limites connexes mais distinctes assujettissant le pouvoir législatif du Parlement ont suscité beaucoup de confusion au cours des débats devant nous et devant les juridictions inférieures. De fait, une bonne partie du débat a jusqu’ici porté sur la question de savoir si le Parlement pouvait « criminaliser » la possession de marihuana. Cette question, qui doit être tranchée conformément aux principes régissant le partage des compétences, ne constitue que l’un des aspects de la contestation constitutionnelle dont nous sommes saisis. La *Charte* a pour effet d’assujettir le Parlement au respect de certaines limites additionnelles lorsqu’il choisit d’établir une peine privative de liberté. Je vais analyser chacune de ces deux limites restreignant le pouvoir de légiférer et m’efforcer de différencier les critères à respecter, puisque, à mon avis, il s’agit effectivement de limites distinctes visant des fins différentes.

#### A. *La question du partage des compétences*

Les appelants Clay et Caine contestent l’interdiction relative à la possession de marihuana, affirmant qu’elle outrepassse la compétence reconnue au Parlement par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mes collègues les juges Gonthier et Binnie concluent que les dispositions contestées relèvent du chef de compétence concernant le droit criminel. Pour cette raison, ils estiment qu’il n’est pas nécessaire de réexaminer la justesse de la conclusion tirée dans l’arrêt *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, en ce qui concerne le pouvoir résiduel du Parlement de légiférer sur les drogues en général ou sur la marihuana en particulier en vertu de sa compétence touchant à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement. Je souscris pour l’essentiel à la conclusion de mes collègues et je vais me contenter de faire quelques commentaires qui sous-tendront mon analyse fondée sur la *Charte*.

206

As mentioned above, legislation which properly falls under one of the federal heads of power will pass the division of powers challenge, but may still be found to infringe on a right or freedom protected by the *Charter*. With regard to the federal criminal law power, under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament has been accorded the power to make criminal law in the widest sense (see, *inter alia*, *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 28; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 118; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at paras. 28-31). It is entirely within Parliament's discretion to determine what evil it wishes to suppress by penal prohibition and what threatened interest it thereby wishes to safeguard. Apart from the *Charter*, the only qualification attached to Parliament's plenary power over criminal law is that it cannot be employed colourably. Like other legislative powers, the criminal law power does not permit Parliament, simply by legislating in the proper form, colourably to invade areas of exclusively provincial legislative competence. To determine whether such a colourable attempt is made, we must determine whether a legitimate public purpose underlies the criminal prohibition (*Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 237; *Hydro-Québec, supra*, at para. 121).

207

In the *Margarine Reference, supra*, Rand J. drew attention, at pp. 49-50, to the need to identify the evil or injurious effect at which a penal prohibition was directed and explained that a prohibition is not criminal unless it serves "a public purpose which can support it as being in relation to criminal law". Further, he explained that the "ordinary though not exclusive ends" served by the criminal law are "[p]ublic peace, order, security, health, [and] morality" (emphasis added).

208

The main objective of the impugned legislation here is protection from the possible adverse health consequences of marihuana use. The objective of

Comme je l'ai mentionné précédemment, une mesure législative qui peut être rattachée à un chef de compétence fédérale résistera à une contestation fondée sur le partage des compétences, mais il est néanmoins possible que le tribunal juge qu'elle porte atteinte à un droit ou à une liberté garanti par la *Charte*. En vertu de la compétence qui lui est reconnue à l'égard du droit criminel par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement est habilité à faire des lois régissant le droit criminel au sens le plus large du terme (voir, notamment, *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 28; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 118; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 28-31). Le Parlement a entière discrétion pour décider des maux qu'il désire réprimer au moyen d'une interdiction pénale et quel intérêt menacé il souhaite ainsi protéger. Outre la *Charte*, le seul tempérament dont est assorti le pouvoir du Parlement en matière de droit criminel est le fait qu'il ne peut pas être utilisé de façon déguisée. Comme les autres pouvoirs législatifs, il n'autorise pas le Parlement à empiéter, au moyen d'une loi par ailleurs valide, sur des domaines de compétence législative provinciale exclusive. Pour décider si on est en présence d'une telle tentative d'empiétement, nous devons déterminer si l'interdiction criminelle repose sur un objectif public légitime (*Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 237; *Hydro-Québec, précité*, par. 121).

Dans le *Renvoi sur la margarine, précité*, p. 49-50, le juge Rand a insisté sur la nécessité d'identifier le mal ou l'effet nuisible que vise l'interdiction criminelle et il a expliqué qu'une interdiction ne possède un caractère criminel que si elle tend à la réalisation [TRADUCTION] « d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel ». Il a en outre expliqué que les « buts habituels, bien que non exclusifs » que sert le droit criminel sont « [l]a paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé [et] la moralité » (je souligne).

L'objet principal de la loi contestée en l'espèce est la protection contre les possibles effets néfastes pour la santé de l'usage de cette substance. L'objectif

the state in prohibiting marihuana has been summarized by Rosenberg J.A. in *Clay's* companion case *R. v. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at para. 143:

First, the state has an interest in protecting against the harmful effects of use of that drug. Those include bronchial pulmonary harm to humans; psychomotor impairment from marihuana use leading to a risk of automobile accidents and no simple screening device for detection; possible precipitation of relapse in persons with schizophrenia; possible negative effects on immune system; possible long-term negative cognitive effects in children whose mothers used marihuana while pregnant; possible long-term negative cognitive effects in long-term users; and some evidence that some heavy users may develop a dependency. The other objectives are: to satisfy Canada's international treaty obligations and to control the domestic and international trade in illicit drugs.

Jurisdiction over health is shared between Parliament and the provincial legislatures; their respective competence depends on the pith and substance of the particular measure at issue.

In *RJR-MacDonald*, *supra*, the issue was whether Parliament could validly employ its criminal law power to prohibit tobacco manufacturers from advertising their products to Canadians, and to increase public awareness concerning the hazards of tobacco use. La Forest J., at para. 32, concluded that the detrimental health effects of tobacco are both dramatic and substantial and that Parliament could validly employ the criminal law:

Given the "amorphous" nature of health as a constitutional matter, and the resulting fact that Parliament and the provincial legislatures may both validly legislate in this area, it is important to emphasize once again the plenary nature of the criminal law power. In the *Margarine Reference*, *supra*, at pp. 49-50, Rand J. made it clear that the protection of "health" is one of the "ordinary ends"

que poursuit l'État en interdisant l'usage de la marihuana a été résumé ainsi par le juge Rosenberg, dans l'arrêt *R. c. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), par. 143, affaire connexe à l'affaire *Clay* :

[TRADUCTION] Tout d'abord, l'État a intérêt à protéger la population contre les effets néfastes de la consommation de cette drogue. Il s'agit notamment des affections broncho-pulmonaires chez les humains; l'affaiblissement des facultés psychomotrices causé par la consommation de la marihuana, qui entraîne des risques d'accidents d'automobiles et qu'aucun mécanisme simple ne permet de détecter; le déclenchement possible de rechutes chez les personnes souffrant de schizophrénie; les effets néfastes pour le système immunitaire; les effets néfastes à long terme sur les capacités cognitives des enfants dont les mères ont consommé de la marihuana pendant la grossesse; les possibles effets négatifs à long terme sur les capacités cognitives des consommateurs chroniques et certaines preuves indiquant que les grands consommateurs peuvent développer une dépendance. Les autres objectifs sont les suivants : le respect des obligations découlant des traités internationaux auxquels le Canada est partie et la lutte contre le commerce intérieur et international des drogues illicites.

Tant les législatures provinciales que le Parlement ont compétence pour légiférer en matière de santé; leur compétence respective dépend du caractère véritable de la mesure en cause.

Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, il s'agissait de décider si le Parlement pouvait valablement invoquer sa compétence sur le droit criminel pour interdire aux fabricants de produits du tabac de faire de la publicité sur leurs produits auprès des Canadiens et pour sensibiliser davantage ces derniers aux méfaits de cette substance. Au paragraphe 32, le juge La Forest a conclu que les effets néfastes de l'usage du tabac sur la santé sont à la fois graves et importants et que le Parlement pouvait valablement invoquer sa compétence sur le droit criminel :

Vu que la santé comme matière constitutionnelle présente un caractère « informel » et qu'il s'ensuit que tant le Parlement que les législatures provinciales peuvent valablement légiférer dans ce domaine, il importe de faire ressortir de nouveau la nature plénière de la compétence en matière de droit criminel. Dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, aux pp. 49 et 50, le juge Rand établit

served by the criminal law, and that the criminal law power may validly be used to safeguard the public from any “injurious or undesirable effect”. The scope of the federal power to create criminal legislation with respect to health matters is broad, and is circumscribed only by the requirements that the legislation must contain a prohibition accompanied by a penal sanction and must be directed at a legitimate public health evil. If a given piece of federal legislation contains these features, and if that legislation is not otherwise a “colourable” intrusion upon provincial jurisdiction, then it is valid as criminal law; see *Scowby, supra*, at pp. 237-38. [Emphasis added.]

210

The respondent argues that there is no baseline or threshold level of harm that must be reached before the criminal law power can be invoked. The Crown argues, citing *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 29, and *Hydro-Québec, supra*, at para. 121, that the recognition of a *Charter* principle precluding Parliament from criminalizing conduct unless it can demonstrate a potential for serious or substantial harm would be inconsistent with the well-established constitutional principle that the criminal law can be used to enact legislation to address social, political, or economic interests or “some legitimate public purpose”. The respondent submits that even though there would be a rational basis for a statutory or regulatory prohibition, a “harm principle” would call for judicial review of what are essentially policy decisions. The submissions of the Attorney General of Ontario (“AGO”) are similar on this respect. The AGO argues that whether a criminal offence is reviewed by way of a *vires* analysis under the division of powers doctrine, or by way of a “harm principle” within the ambit of s. 7, the result will necessarily be the same. The AGO argues that the “harm principle”, at least as it has been formulated by Braidwood and Rosenberg J.J.A., does no more than reiterate the threshold test for Parliament’s exercise of its criminal law jurisdiction. The AGO further submits that Lamer J.’s analysis in *Motor Vehicle Reference* should not apply to a consideration of the *actus reus* of the offence. The AGO states that consideration of the *actus reus* is precluded because “the decision to criminalize specific types

clairement que la protection de la « santé » constitue un des « buts habituels » du droit criminel, et que la compétence en matière de droit criminel peut valablement être exercée pour protéger le public contre un « effet nuisible ou indésirable ». Le fédéral possède une vaste compétence pour ce qui est de l’adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé, et cette compétence n’est circonscrite que par les exigences voulant qu’elles comportent une interdiction accompagnée d’une sanction pénale, et qu’elles visent un mal légitime pour la santé publique. Si une loi fédérale donnée possède ces caractéristiques et ne constitue pas par ailleurs un empiétement « spécieux » sur la compétence provinciale, c’est alors une loi valide en matière criminelle; voir *Scowby*, précité, aux pp. 237 et 238. [Je souligne.]

L’intimée soutient que le législateur n’a pas à établir quelque niveau ou seuil de préjudice que ce soit avant d’être autorisé à invoquer sa compétence sur le droit criminel. Se référant aux arrêts *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 29, et *Hydro-Québec*, précité, par. 121, le ministère public plaide que le fait de reconnaître que la *Charte* a pour effet d’empêcher le Parlement de criminaliser un comportement à moins qu’il ne puisse démontrer l’existence d’un risque de préjudice grave ou important serait incompatible avec le principe constitutionnel bien établi suivant lequel le droit criminel peut être utilisé pour édicter des lois visant des intérêts sociaux, politiques ou économiques ou [TRADUCTION] « un objectif public légitime ». L’intimée prétend que, même dans les cas où une interdiction d’origine légale ou réglementaire possède un fondement logique, l’application du « principe du préjudice » assujettirait au pouvoir de contrôle des tribunaux des mesures qui constituent essentiellement des décisions de politique générale. Le procureur général de l’Ontario a présenté des observations similaires sur ce point. Selon lui, que l’on contrôle la constitutionnalité d’une infraction criminelle par une analyse de sa validité au regard de la doctrine du partage des compétences ou par l’application d’un « principe du préjudice » au regard de l’art. 7, le résultat sera nécessairement le même. Il plaide que le « principe du préjudice », du moins tel qu’il a été formulé par les juges Braidwood et Rosenberg, ne fait que réaffirmer le critère préalable que doit respecter le Parlement avant d’être autorisé à exercer son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel. Le procureur général de l’Ontario soutient en outre

of conduct belongs wholly to Parliament” (AGO’s factum, at para. 12).

It is not the courts’ function to reassess the wisdom of validly enacted legislation. As L’Heureux-Dubé J. said in *Hinchey*, *supra*, at para. 34, “the judiciary should not rewrite [legislation] to suit its own particular conception of what type of conduct can be considered criminal”. And further, at para. 36: “If Parliament chooses to criminalize conduct which, notwithstanding *Charter* scrutiny, appears to be outside of what a judge considers ‘criminal’, there must be a sense of deference to the legislated authority which has specifically written in these elements.”

Although courts cannot question the wisdom of legislation, they must assess its constitutionality. There is, as such, no constitutional threshold of harm required for legislative action under the criminal law power. There had been uncertainties in the past in this regard, as some would have required “significant, grave and serious risk of harm to public health, morality, safety or security” before a prohibition could fall within the purview of the criminal law power (see, e.g., *RJR-MacDonald*, *supra*, at paras. 199-202, *per* Major J.). It is now established that as long as the legislation is directed at a legitimate public health evil and contains a prohibition accompanied by a penal sanction, and provided that it is not otherwise a “colourable” intrusion upon provincial jurisdiction, Parliament has, under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, discretion to determine the extent of the harm it considers sufficient for legislative action (*RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 32; *Reference re Firearms Act (Can.)*, *supra*, at para. 27). Obviously, however, where Parliament relies on the protection of health as its legitimate public

que l’analyse faite par le juge Lamer dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* ne saurait s’appliquer à l’examen de l’élément matériel (*actus reus*) de l’infraction. Il avance que cet examen ne peut être fait parce que [TRADUCTION] « la décision de criminaliser certains comportements relève entièrement du Parlement » (mémoire du procureur général de l’Ontario, par. 12).

Il n’appartient pas aux tribunaux de se prononcer sur la sagesse de mesures législatives valablement adoptées. Comme l’a dit la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Hinchey*, précité, par. 34, « les tribunaux ne devraient pas récrire [les lois] pour [les] rendre conforme[s] à leur propre conception des catégories de comportements qui peuvent être considérés comme criminels ». Elle a ajouté ceci, au par. 36 : « Si le législateur choisit de rendre criminel un comportement qui, malgré un examen en vertu de la *Charte*, ne semble pas faire partie des comportements qu’un juge considère comme “criminels”, il faut faire preuve de retenue à l’égard de l’autorité législative qui a expressément inclus ces éléments. »

Bien que les tribunaux ne puissent remettre en question la sagesse des lois, ils doivent cependant évaluer la constitutionnalité de celles-ci. La Constitution ne requiert pas en soi l’existence d’un préjudice minimal pour justifier l’exercice du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel. Il y a eu, dans le passé, un certain flottement à cet égard, car certains auraient subordonné la validité d’une prohibition fondée sur la compétence relative au droit criminel à l’existence d’un « risque de préjudice grave et important pour la santé du public, sa moralité ou sa sécurité » (voir, par exemple, *RJR-MacDonald*, précité, par. 199-202, le juge Major). Il est désormais établi que si la loi vise un mal légitime pour la santé publique, comporte une interdiction assortie d’une sanction pénale et ne constitue pas par ailleurs un empiètement déguisé sur un chef de compétence provinciale, le Parlement possède, en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir discrétionnaire de déterminer l’étendue du préjudice qu’il juge suffisant pour justifier une mesure législative (*RJR-MacDonald*, précité, par. 32; *Renvoi relatif à la*

211

212

purpose, it has to demonstrate the “injurious or undesirable effect” from which it seeks to safeguard the public. This will likely be done by demonstrating the harm to the health of individuals or the public associated with the prohibited conduct. While there is no constitutional threshold level of harm required before Parliament may use its broad criminal law power, conduct with little or no threat of harm is unlikely to qualify as a “public health evil”.

213 In *Hydro-Québec*, *supra*, at para. 120, La Forest J. came to a similar conclusion for the majority of this Court with regard to the mental element dimension of a criminal offence. He held:

... under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, it is also within the discretion of Parliament to determine the extent of blameworthiness that it wishes to attach to a criminal prohibition. . . . This flows from the fact that Parliament has been accorded plenary power to make criminal law in the widest sense. This power is, of course, subject to the “fundamental justice” requirements of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which may dictate a higher level of *mens rea* for serious or “true” crimes . . . .

Just as Parliament may determine the nature of the mental element pertaining to different crimes, it may determine the nature of the “evil or injurious effect” from which it wishes to protect the public. However, while Parliament has the power to define the elements of a crime, the courts have the mandate to review that definition to ensure that it complies with the *Charter* (see, e.g., *Vaillancourt*, *supra*, at p. 652). As I will discuss below, the “fundamental justice” requirements of s. 7 of the *Charter* may, where imprisonment is available as a punishment, call for an “evil or injurious effect” of a certain nature or degree.

*Loi sur les armes à feu (Can.)*, précité, par. 27). De toute évidence, toutefois, lorsque le Parlement invoque la protection de la santé comme objectif public légitime, il doit démontrer l’« effet nuisible ou indésirable » contre lequel il souhaite protéger la population. Il pourra vraisemblablement le faire en démontrant que le préjudice pour la santé de certaines personnes ou du public en général est lié au comportement prohibé. Bien que la Constitution n’ait pas pour effet de requérir la preuve d’un préjudice minimal avant que le Parlement puisse utiliser son vaste pouvoir législatif en matière de droit criminel, un comportement ne présentant que peu ou pas de risques de préjudice est peu susceptible d’être considéré comme un « mal [. . .] pour la santé publique ».

Dans l’arrêt *Hydro-Québec*, précité, par. 120, s’exprimant pour les juges majoritaires de la Cour, le juge La Forest a tiré une conclusion au même effet en ce qui a trait à l’élément moral d’une infraction criminelle. Il a dit ceci :

... aux termes du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il relève également du pouvoir discrétionnaire du Parlement de déterminer le degré de culpabilité qu’il souhaite attacher à une interdiction criminelle. [. . .] Cela découle du fait que le Parlement a été investi du plein pouvoir d’adopter des règles de droit criminel au sens le plus large du terme. Ce pouvoir est assujéti, naturellement, aux exigences de la « justice fondamentale » prescrites à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui peuvent dicter un degré plus élevé de *mens rea* dans le cas des crimes graves ou « proprement dits » . . . .

Tout comme le Parlement peut déterminer la nature de l’élément moral relatif à divers crimes, il peut déterminer la nature du « mal » ou l’« effet nuisible » contre lesquels il souhaite protéger le public. Cependant, quoique le Parlement ait la faculté de définir les éléments constitutifs d’un crime, les tribunaux ont pour mission de contrôler cette définition pour s’assurer qu’elle est conforme à la *Charte* (voir, par exemple, *Vaillancourt*, précité, p. 652). Comme je vais l’expliquer plus loin, dans les cas où l’emprisonnement est une des sanctions prévues, les principes de « justice fondamentale » de l’art. 7 de la *Charte* peuvent avoir pour effet d’exiger l’existence d’un « mal ou [d’un] effet nuisible » d’une certaine nature et d’un certain degré.

The concerns raised by the respondent and the AGO reflect the wrong focus in the courts below as to whether Parliament could “criminalize” possession of marihuana. Indeed, Howard Prov. Ct. J. in *Caine*, in considering the “harm principle”, wrote as follows, at paras. 117-20:

In my view, the proposals that the criminal law be used only to protect against conduct that involves demonstrable harm to another individual or other individuals or to society as a whole or against conduct that is seriously harmful or substantially harmful to society are not “principles of fundamental justice”. The case authorities are to the contrary. . . .

In fact, our Supreme Court has consistently granted Parliament “a broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment”. *R. v. Hinchey* (1996), 111 C.C.C. (3d) 353 at 369-70. The principles applicable to Parliament’s law-making powers in the criminal sphere make clear that Parliament has a broad scope of authority to “criminalize” conduct in order to address any social, political or economic interests. . . .

If there was any doubt of how this principle might be applied in the present context, it was resolved when the Supreme Court of Canada indicated, in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada*, (*supra*) that Parliament may legislate under the criminal law power to protect Canadians from harmful drugs. . . .

The correct position is, in my view, that which is set out in *Butler*, (*supra*) at 165. To paraphrase in terms that are applicable to the case before me: Parliament may enact penal legislation prohibiting use of a drug, when it has a reasonable basis for concluding that there is a risk of harm to the health of the user, or a risk of harm to society as a whole. [Emphasis added.]

With respect, the trial judge confused the tests developed by this Court in division of power jurisprudence, which are used to determine whether Parliament has validly used its criminal power in a manner that is not a colourable intrusion upon provincial competences, with the *Charter* constraints imposed upon Parliament when otherwise valid

Les inquiétudes exprimées par l’intimée et par le procureur général de l’Ontario reflètent l’importance que les juridictions inférieures ont à tort accordée à la question de savoir si le Parlement pouvait « criminaliser » la possession de marihuana. De fait, la juge Howard a écrit ce qui suit aux par. 117-120 de l’affaire *Caine*, dans son examen du « principe du préjudice » :

[TRADUCTION] À mon avis, la proposition de ne recourir au droit criminel que pour prévenir un comportement qui cause effectivement préjudice à une ou plusieurs autres personnes ou à l’ensemble de la société ou un comportement qui cause un préjudice grave ou important à la société ne sont pas des « principes de justice fondamentale ». La jurisprudence indique le contraire. . .

En fait, la Cour suprême a constamment reconnu au Parlement « une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée ». *R. c. Hinchey* (1996), 111 C.C.C. (3d) 353, p. 369 et 370. Les principes applicables au pouvoir du Parlement de légiférer en matière criminelle indiquent clairement qu’il jouit d’une large compétence lui permettant de « criminaliser » des comportements afin de tenir compte d’intérêts sociaux, politiques ou économiques. . . .

S’il existait des doutes quant à la manière dont ce principe pourrait être appliqué dans le présent contexte, ils ont été dissipés lorsque la Cour suprême du Canada a indiqué, dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, précité, que le Parlement peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, légiférer pour protéger les Canadiens contre les drogues nocives. . .

À mon avis, la position appropriée est celle qui a été énoncée dans l’arrêt *Butler*, précité, p. 165. Je vais l’exprimer en des termes applicables à l’affaire dont je suis saisie : le Parlement peut adopter des lois à caractère pénal pour interdire l’usage d’une drogue lorsqu’il a des motifs raisonnables de conclure à l’existence d’un risque de préjudice pour la santé de l’usager ou d’un risque de préjudice pour l’ensemble de la société. [Je souligne.]

En toute déférence, j’estime que la juge de première instance a confondu, d’une part, les critères élaborés par la Cour dans ses arrêts sur le partage des pouvoirs et utilisés pour déterminer si le Parlement a validement exercé sa compétence en droit criminel d’une manière qui ne constitue pas un empiètement déguisé sur des compétences provinciales, et,

criminal legislation is alleged to infringe on rights protected by the *Charter*. In my respectful view, the same confusion appears in Braidwood J.A.'s analysis.

215

After a thorough review of the common law, leading treatises on the criminal law, law reform commission reports, Canadian federalism cases (addressing the federal criminal law power), and *Charter* jurisprudence, Braidwood J.A. came to the conclusion that the harm principle is indeed a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7. After having concluded as to the existence of this principle, Braidwood J.A. set “the appropriate threshold for criminal sanctions” (para. 139) and determined that “[t]he degree of harm must be neither insignificant nor trivial” (para. 138). In determining the appropriate threshold, Braidwood J.A. explained that he had to consider the “relationship, and parallels, between the Criminal Law power of Parliament pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* and the test to be applied pursuant to s. 7 of the *Charter*” (para. 139). Braidwood J.A. was thus apparently concerned with affording Parliament the deference it is owed in legislating in criminal matters while at the same time give meaning to the harm principle, because, as he put it: “it is common sense that you don’t go to jail unless there is a potential that your activities will cause harm to others” (para. 134). This tension led him to conclude, at paras. 158-60:

In conclusion, the deprivation of the appellants’ liberty caused by the presence of penal provisions in the *NCA* is in accordance with the harm principle. I agree that the evidence shows that the risk posed by marihuana is not large. Yet, it need not be large in order for Parliament to act. It is for Parliament to determine what level of risk is acceptable and what level of risk requires action. The *Charter* only demands that a “reasoned apprehension of harm” that is not [in]significant or trivial. The appellants have not convinced me that such harm is absent in this case.

d’autre part, les contraintes que la *Charte* impose au Parlement et dont les tribunaux doivent contrôler le respect lorsqu’il est plaidé qu’une loi pénale par ailleurs valide porte atteinte aux droits garantis par la *Charte*. À mon humble avis, la même confusion est présente dans l’analyse du juge Braidwood.

Après un examen approfondi de la common law, des ouvrages faisant autorité en droit criminel, de rapports émanant de commissions de réforme du droit, des arrêts sur le fédéralisme canadien (portant sur la compétence fédérale en matière de droit criminel) et de la jurisprudence relative à la *Charte*, le juge Braidwood a estimé que le principe du préjudice est effectivement un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7. Après avoir conclu à l’existence de ce principe, le juge Braidwood a fixé [TRADUCTION] « le seuil approprié justifiant l’édiction de sanctions pénales » (par. 139) en précisant que [TRADUCTION] « [l]e préjudice ne doit être ni insignifiant ni négligeable » (par. 138). Il a expliqué que, pour fixer le seuil approprié, il avait dû s’interroger sur [TRADUCTION] « les liens et les parallèles entre le pouvoir reconnu au Parlement sur le droit criminel par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d’une part, et le critère qui doit être utilisé pour l’application de l’art. 7 de la *Charte*, d’autre part » (par. 139). Il semble que le juge Braidwood voulait ainsi faire montre envers le Parlement de la déférence à laquelle ce dernier a droit lorsqu’il légifère sur le droit criminel, et par la même occasion donner un sens au principe du préjudice parce que, ainsi qu’il l’a dit, [TRADUCTION] « il est logique qu’on ne vous envoie pas en prison, à moins que vos actes ne soient susceptibles de causer préjudice à autrui » (par. 134). Ce tiraillement l’a amené à conclure ainsi, aux par. 158-160 :

[TRADUCTION] En conclusion, la privation de liberté qu’entraînent pour les appelants les dispositions pénales de la *Loi sur les stupéfiants* respecte le principe du préjudice. Je reconnais que la preuve montre que le risque présenté par la marihuana n’est pas élevé. Cependant, il n’est pas nécessaire qu’il le soit pour que le Parlement prenne des mesures. Il appartient au Parlement de déterminer le niveau de risque qui est acceptable et celui qui exige son intervention. La *Charte* requiert seulement [ . . . ] une « crainte raisonnée de préjudice » qui ne soit ni [in]signifiante ni négligeable. Les appelants ne m’ont pas convaincu de l’absence d’un tel préjudice en l’espèce.



Therefore, I find that the legal prohibition against the possession of marihuana does not offend the operative principle of fundamental justice in this case.

Determining whether the *NCA* strikes the “right balance” between the rights of the individual and the interests of the State is more difficult. In the end, I have decided that such matters are best left to Parliament. . . . I do not feel it is the role of this court to strike down the prohibition on the non-medical use of marihuana possession at this time. [Emphasis added.]

With respect, Braidwood J.A. wrongly focused his analysis on Parliament’s power to criminalize possession of marihuana. As I briefly mentioned above, and as my colleagues Gonthier and Binnie JJ. have also reviewed, the principles regarding the scope of Parliament’s criminal law power are now well established and harm may not be the sole basis upon which criminal law may be used. Parliament may have the power to prohibit certain conduct, be it under its criminal law power or otherwise, but it must respect minimum *Charter* requirements before it resorts to imprisonment as a sanction. In other words, the harm principle as a principle of fundamental justice operates to prevent restriction of liberty under s. 7 of the *Charter* and not as a constraint inherent in Parliament’s criminal law power.

The focus must therefore be on the use of imprisonment as a sanction attaching to a prohibited conduct. This becomes obvious upon consideration of the various sources of legislative power under which Parliament may prohibit and sanction certain activities or behaviours. To situate the harm principle within the principles regarding the criminal law power of Parliament would in fact exclude the applicability of this principle of fundamental justice to other prohibitions enforceable by imprisonment and, of course, to the enforcement of provincial statutes. For example, as my colleagues explained, the residual POGG power has application in only three situations: (i) a national emergency; (ii) the federal

Par conséquent, je considère que l’interdiction légale de posséder de la marihuana ne contrevient pas au principe de justice fondamentale applicable en l’espèce.

Il est plus difficile de déterminer si la *Loi sur les stupéfiants* établit un « juste équilibre » entre les droits de l’individu et les intérêts de l’État. En fin de compte, j’ai décidé qu’il était préférable de laisser ces questions à l’appréciation du Parlement. [ . . . ] Je ne crois pas que ce soit le rôle de la cour d’annuler à ce moment-ci l’interdiction relative à la possession de marihuana pour usage non médical. [Je souligne.]

En toute déférence, j’estime que le juge Braidwood a eu tort de centrer son analyse sur le pouvoir du Parlement de criminaliser la possession de marihuana. Comme je l’ai expliqué brièvement plus tôt, et comme mes collègues les juges Gonthier et Binnie l’ont eux aussi indiqué, les principes concernant l’étendue de la compétence du Parlement en matière criminelle sont désormais bien établis et l’existence d’un préjudice ne saurait être le seul fondement justifiant le recours au droit criminel. Le Parlement dispose peut-être du pouvoir d’interdire certains comportements, que ce soit en vertu de sa compétence sur le droit criminel ou en vertu d’un autre pouvoir, mais il doit respecter les exigences minimales établies par la *Charte* avant de recourir à l’emprisonnement comme sanction. En d’autres mots, en tant que principe de justice fondamentale, le principe du préjudice a pour effet d’empêcher la restriction du droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte* mais il ne constitue pas une limite inhérente au pouvoir du Parlement de légiférer en matière criminelle.

Il faut donc s’attacher à la question du recours à l’emprisonnement comme sanction du comportement prohibé. Cette démarche ressort clairement de l’examen des diverses sources de pouvoir législatif en vertu desquelles le Parlement peut interdire et sanctionner certaines activités ou certains comportements. Classifier le principe du préjudice parmi les principes touchant à la compétence du Parlement sur le droit criminel exclurait en fait l’applicabilité de ce principe de justice fondamentale aux autres interdictions dont l’inobservation est punissable par l’emprisonnement et, évidemment, au contrôle des lois provinciales. Par exemple, comme l’ont expliqué mes collègues, le pouvoir résiduel concernant la

competence arose because the subject matter did not exist at the time of Confederation and clearly cannot be put into the class of matters of merely local or private nature; and (iii) where the subject matter “goes beyond local or provincial concern or interest and must, from its inherent nature, be the concern of the Dominion as a whole” (*Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914). The determination of whether the impugned legislation meets these criteria thus focuses on characteristics of the legislation that have nothing to do with those falling under the criminal law power, such as the necessity to identify an evil or injurious effect at which the prohibition is directed and a valid criminal law purpose. Needless to say, no harm, be it to identifiable others, to society as a whole, or to self, is required, or even relevant to the determination of whether legislation falls under the POGG power. The harm principle as applied by the courts below would thus be inapplicable to prohibitions enacted under the POGG power, or any other non-criminal fields of federal competence.

paix, l'ordre et le bon gouvernement ne s'applique que dans trois situations : (i) il existe une urgence nationale; (ii) le fédéral a compétence parce que la matière n'existait pas à l'époque de la Confédération et qu'elle ne relève pas de la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée; (iii) la matière « dépasse [. . .] les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble » (*Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914). L'analyse permettant de décider si la loi contestée respecte ces critères porte donc essentiellement sur les caractéristiques de celle-ci qui n'ont rien à voir avec celles des lois relevant du pouvoir de légiférer sur le droit criminel, telle la nécessité de reconnaître le mal ou l'effet nuisible visé par l'interdiction et un objectif valide en droit criminel. Il va sans dire qu'aucun préjudice — que ce soit à l'intéressé lui-même, à d'autres personnes identifiables ou à la société en général — n'est requis ni même pertinent pour juger si la loi relève du pouvoir relatif à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement. Le principe du préjudice, tel qu'il a été appliqué par les juridictions inférieures, serait donc inapplicable aux interdictions édictées en vertu de ce pouvoir ou de tout autre chef de compétence fédérale ne touchant pas au droit criminel.

217 The use of imprisonment, be it for a criminal offence, a prohibition enacted under the POGG power, or for any other offence created as a means of enforcement of non-criminal legislation, including provincial offences, must be subject to the same *Charter* requirements. The comments of Lamer C.J., in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 189, are equally applicable here:

La décision de recourir à l'emprisonnement, que ce soit à l'égard d'une infraction criminelle, d'une interdiction édictée en vertu du pouvoir relatif à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement ou de quelque autre infraction créée pour faire respecter une loi à caractère non criminel, y compris les infractions provinciales, doit respecter les exigences établies par la *Charte* évoquées plus haut. Les commentaires du juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 189, s'appliquent également en l'espèce :

In my view, whether this offence (or the Act generally) is better characterized as “criminal” or “regulatory” is not the issue. The focus of the analysis in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* was on the use of imprisonment to enforce the prohibition of certain behaviour or activity. A person whose liberty has been restricted by way of imprisonment has lost no less liberty because he

À mon avis, la question n'est pas de savoir si cette infraction (ou la Loi en général) doit être qualifiée de « pénale » ou de « réglementaire ». Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l'arrêt *Vaillancourt*, l'analyse portait avant tout sur le recours à l'emprisonnement pour faire respecter l'interdiction de certains actes ou activités. La personne privée de sa liberté

or she is being punished for the commission of a regulatory offence as opposed to a criminal offence. Jail is jail, whatever the reason for it. In my view, it is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which is determinative of the principles of fundamental justice. [Emphasis in original.]

Similarly here, it is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which calls into play the harm principle as a principle of fundamental justice. I note here that the question is not whether imprisonment is used frequently or only in the rarest cases. The mere availability of imprisonment dictates the constitutional test to be applied (*Motor Vehicle Reference, supra*, at p. 515).

According to my colleagues' conclusion, the impugned legislation is within Parliament's legislative powers. For my purposes, once it is determined that the legislation falls within one of Parliament's constitutional heads of power, it does not matter whether the legislation falls under the criminal law power or otherwise. The key is indeed whether the approach taken by Parliament to enforce the prohibition of possession of marijuana is in accordance with the prescriptions of the *Charter*. This case is therefore an opportunity for this Court to evaluate the principles developed in *Motor Vehicle Reference* with respect to the *actus reus* of the offence.

#### B. *The Charter Issues*

The appellants Caine and Clay assert that the prohibition of possession of marijuana infringes s. 7 of the *Charter*. The s. 7 analysis requires the appellants to demonstrate a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice. Indeed, as *per* Iacobucci J. in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 38, the s. 7 analysis involves three stages:

The first question to be resolved is whether there exists a real or imminent deprivation of life, liberty, security of the

par l'emprisonnement n'est pas privée de moins de liberté parce qu'elle a été punie en raison de la perpétuation d'une infraction réglementaire et non d'un crime. L'emprisonnement, c'est l'emprisonnement, peu importe la raison. À mon sens, c'est le fait que l'État a infligé une peine privative de liberté, en l'occurrence l'emprisonnement, pour faire respecter la loi qui est décisif du point de vue des principes de justice fondamentale. [Souligné dans l'original.]

De même, dans la présente affaire, c'est le fait que l'État a choisi de restreindre la liberté par l'emprisonnement pour faire respecter la loi qui fait intervenir le principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale. Je souligne ici qu'il ne s'agit pas de déterminer si l'emprisonnement est infligé fréquemment ou seulement dans des cas rarissimes. Le seul fait que la peine existe dicte le critère constitutionnel à appliquer (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 515).

Selon la conclusion de mes collègues, la mesure législative contestée relève des pouvoirs législatifs du Parlement. Pour les besoins des présents motifs, une fois qu'il a été jugé que la mesure correspond à un chef de compétence fédérale prévu par la Constitution, il importe peu de savoir si elle relève du pouvoir du Parlement en matière de droit criminel. Il s'agit plutôt fondamentalement de se demander si les moyens choisis par celui-ci pour faire respecter l'interdiction visant la possession de marijuana sont conformes aux exigences établies par la *Charte*. La présente affaire offre donc une occasion à la Cour d'évaluer les principes formulés dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* à l'égard de l'élément matériel de l'infraction.

#### B. *Les questions touchant à la Charte*

Les appelants Caine et Clay affirment que l'interdiction visant la possession de marijuana contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'analyse fondée sur cet article, les appelants doivent démontrer que la privation de liberté n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. En fait, comme le précise le juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 38, l'analyse fondée sur l'art. 7 comporte trois étapes :

La première question à résoudre est s'il y a privation réelle ou imminente de la vie, de la liberté, de la sécurité

218

219

person, or a combination of these interests. The second stage involves identifying and defining the relevant principle or principles of fundamental justice. Finally, it must be determined whether the deprivation has occurred in accordance with the relevant principle . . . .

I will now consider each of these three stages. I note that the analysis will concentrate on the challenge of the provisions prohibiting simple possession of marihuana. At the end of the analysis I will address Malmo-Levine's challenge to the prohibition of possession of marihuana for the purpose of trafficking.

(1) Deprivation of Life, Liberty, or Security of the Person

220

The respondent concedes, as the lower courts found, that the possibility of imprisonment under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, engages the s. 7 liberty interest of the appellants. This is consistent with this Court's past holdings: *Motor Vehicle Reference*, *supra*, at p. 515; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 789.

221

The appellants also argue that the right to use marihuana in the privacy of one's home is a fundamental aspect of personal autonomy and dignity. On this issue, I am in complete agreement with my colleagues Gonthier and Binnie JJ. Neither the widest view on liberty, as expressed by La Forest J., writing for himself, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. on this issue, in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 80, nor the interpretation of security as including a right to personal autonomy, cover the recreational use of marihuana, even in the privacy of one's home. This use does not qualify as a matter of fundamental importance so as to engage the liberty and security interests under s. 7 of the *Charter*. Put another way:

. . . the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal

de la personne ou d'une combinaison de ces trois droits. La deuxième étape consiste à identifier et à qualifier le ou les principes de justice fondamentale pertinents. Enfin, il faut déterminer si la privation s'est produite conformément aux principes pertinents . . . .

Je vais maintenant examiner chacune de ces trois étapes. Je signale que mon analyse portera essentiellement sur la contestation des dispositions interdisant la simple possession de marihuana. À la fin de mon analyse, j'examinerai la contestation par M. Malmo-Levine de l'interdiction visant la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic.

(1) Atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne

L'intimée concède, conformément à la conclusion à cet effet des juridictions inférieures, que la peine d'emprisonnement prévue par le par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, met en cause le droit à la liberté garanti aux appelants par l'art. 7. Cette conclusion est conforme aux décisions antérieures de la Cour : *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 515; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 789.

Les appelants soutiennent aussi que le droit d'une personne de consommer de la marihuana dans l'intimité de son foyer constitue un aspect fondamental de l'autonomie et de la dignité de la personne. Sur ce point, je suis entièrement d'accord avec mes collègues les juges Gonthier et Binnie. Ni l'interprétation la plus large de la liberté, qu'a exprimée le juge La Forest en son propre nom et au nom des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 80, ni l'interprétation selon laquelle le droit à la sécurité inclue le droit à l'autonomie personnelle ne visent la consommation de marihuana à des fins récréatives, même dans l'intimité du foyer. Cet usage ne constitue pas une question d'importance fondamentale qui mettrait en jeu le droit à la liberté et à la sécurité garanti par l'art. 7 de la *Charte*. En d'autres mots :

. . . l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou

such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence.

(*Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66)

The threat of imprisonment clearly engages the s. 7 liberty interest of the appellants; since no one has addressed whether sanctions other than imprisonment could engage the right to liberty or security of the person, I will limit my analysis to the threat of imprisonment. Thus, I need not address here, given the scope of my analysis and the nature of this appeal, whether the imposition of a fine for simple possession of marijuana, or imprisonment as an alternative to the non-payment of a fine, or imposition of a criminal record *simpliciter*, engage the right to security or liberty of the person. Those issues were not addressed by the courts below and it would be both unwise and unnecessary to address them here. As the threat of imprisonment clearly engages the s. 7 liberty interest of the appellants, it is necessary to determine the relevant principles of fundamental justice, to which I now turn.

(2) The Relevant Principles of Fundamental Justice

The primary principle of fundamental justice put forth by the appellants is the alleged “harm principle”. The British Columbia Court of Appeal in *Caine* recognized the existence of a harm principle as a principle of fundamental justice, although the majority and the minority had different views on which threshold of harm was required by this principle. Rosenberg J.A. of the Court of Appeal for Ontario in *Clay* did not decide the issue but was ready to accept for the purposes of the case at bar that the harm principle was a principle of fundamental justice. The appellants also submit other principles of fundamental justice which they say are applicable to the cases at bar, namely the principle

d’essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles.

(*Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66)

La menace d’emprisonnement fait clairement intervenir le droit à la liberté garanti aux appelants par l’art. 7. Étant donné que personne n’a abordé la question de savoir si d’autres sanctions que l’emprisonnement pourraient mettre en cause le droit à la liberté ou à la sécurité de la personne, je vais limiter mon analyse à la menace d’emprisonnement. En conséquence, vu le cadre de mon analyse et la nature du présent pourvoi, je n’ai pas à me demander si, dans le cas de l’infraction de simple possession de marijuana, l’infliction d’une amende, l’infliction d’une peine d’emprisonnement en cas de non-paiement de cette amende ou le seul fait de l’établissement d’un casier judiciaire mettent en jeu le droit à la sécurité ou à la liberté de la personne. Ces questions n’ont pas été examinées par les juridictions inférieures et il serait à la fois inopportun et inutile de le faire maintenant. Comme la menace d’emprisonnement soulève manifestement le droit à la liberté garanti aux appelants par l’art. 7, il est essentiel de dégager les principes de justice fondamentale pertinents, tâche à laquelle je vais maintenant m’appliquer.

(2) Les principes de justice fondamentale pertinents

Les appelants invoquent en premier lieu le « principe du préjudice » qui, selon eux, constituerait un principe de justice fondamentale. Dans l’arrêt *Caine*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a reconnu que ce principe est un principe de justice fondamentale, quoique les juges majoritaires et les juges minoritaires aient eu des conceptions divergentes quant au préjudice minimal requis par un tel principe. Dans l’arrêt *Clay*, le juge Rosenberg de la Cour d’appel de l’Ontario ne s’est pas prononcé sur cette question, mais il était disposé à reconnaître, pour les besoins de l’affaire dont il était saisi, que le principe du préjudice était un principe de justice fondamentale. Les appelants ont plaidé d’autres

of restraint, the principle precluding irrationality and arbitrariness in the legislative scheme and the principle of overbreadth (see para. 31 of the appellant Caine's factum).

224 Principles of fundamental justice have been defined as follows by Sopinka J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 590-91:

Principles of fundamental justice must not, however, be so broad as to be no more than vague generalizations about what our society considers to be ethical or moral. They must be capable of being identified with some precision and applied to situations in a manner which yields an understandable result. They must also, in my view, be legal principles. The now familiar words of Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 512-13, are as follows:

Consequently, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system.

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

225 As I mentioned earlier, in determining which principles of fundamental justice are at play here and in assessing their content and their scope, the focus must remain on the choice made by the state to resort to imprisonment to enforce the prohibition of possession of marihuana for personal use and alternatively, of possession of marihuana for the purpose of trafficking (*Wholesale Travel Group Inc.*, *supra*, at p. 189, *per* Lamer C.J.).

(a) *Harm Principle*

226 As Lamer J. recalled in *Motor Vehicle Reference*, *supra*, at p. 513, "[i]t has from time immemorial

principes de justice fondamentale qui, selon eux, s'appliquent à la présente espèce, à savoir le principe de la modération, le principe interdisant les lois irrationnelles et arbitraires et le principe de la portée excessive (voir le par. 31 du mémoire de l'appellant Caine).

Le juge Sopinka a défini ainsi les principes de justice fondamentale dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 591 :

Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques. Le juge Lamer a tenu ces propos maintenant bien connus, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 512 et 513 :

En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.

La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause.

Comme je l'ai dit précédemment, afin de dégager les principes de justice fondamentale en cause dans la présente affaire et de déterminer leur portée et leur contenu, il faut s'attacher à la décision de l'État de recourir à l'emprisonnement pour faire respecter l'interdiction visant la possession de marihuana aux fins de consommation personnelle ou aux fins de trafic (*Wholesale Travel Group Inc.*, précité, p. 189, le juge en chef Lamer).

a) *Le principe du préjudice*

Comme l'a rappelé le juge Lamer dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 513,

been part of our system of laws that the innocent not be punished.” This fundamental principle is at the core of his introductory remarks, at p. 492:

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then violates a person’s right to liberty under s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* . . . .

In other words, absolute liability and imprisonment cannot be combined.

Since this landmark decision, courts have been “empowered, indeed required, to measure the content of legislation’ against the principles of fundamental justice contained in s. 7 of the *Charter*, and specifically, to ensure that the morally innocent not be punished” (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 17).

It is a fundamental substantive principle of criminal law that there should be no criminal responsibility without an act or omission accompanied by some sort of fault. The Latin phrase is *actus non facit reum, nisi mens sit rea* or “[t]he intent and the [a]ct must both concur to constitute the crime” (*Fowler v. Padget* (1798), 7 T.R. 509, 101 E.R. 1103 (K.B.), at p. 1106; see K. Roach, *Criminal Law* (2nd ed. 2000), at p. 8; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 359; G. Côté-Harper, P. Rainville and J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4th ed. rev. 1998), at pp. 263-64; J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law: Cases and Materials* (7th ed. 1999), at p. 27; A. P. Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (2000), at p. 21). Legal causation, which seeks to link the prohibited consequences to a culpable act of the accused, also reflects the fundamental principle that the morally innocent should not be punished (see *R. v. Nette*, [2001] 3 S.C.R. 488, 2001 SCC 78, at para. 45). In determining whether legal causation is established, the inquiry is directed at the question of whether the accused person should be held criminally responsible for the consequences that occurred from his or her conduct. As I said in *Nette*, *supra*, at para. 47, “[w]hile causation is a distinct issue from

« [d]epuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu’un innocent ne doit pas être puni. » Ce principe fondamental constitue la pierre angulaire de ses remarques introductives à la p. 492 :

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n’a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d’emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* . . . .

En d’autres termes, la responsabilité absolue et la peine d’emprisonnement ne peuvent être combinées.

Depuis cet arrêt de principe, les tribunaux ont « “le pouvoir et même le devoir d’apprécier le contenu de la loi” en fonction des principes de justice fondamentale évoqués à l’art. 7 de la *Charte* et, en particulier, de voir à ce que les personnes moralement innocentes n’encourent aucune sanction » (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 17).

Selon un principe fondamental du droit criminel, il ne saurait y avoir responsabilité criminelle en l’absence d’une action ou omission accompagnée d’une faute. La maxime latine applicable est *actus non facit reum, nisi mens sit rea* ou « [u]n acte ne rend pas une personne coupable à moins que son intention ne soit coupable » (*Fowler c. Padget* (1798), 7 T.R. 509, 101 E.R. 1103 (K.B.), p. 1106; voir K. Roach, *Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 2000), p. 8; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4<sup>e</sup> éd. 2001), p. 359; G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4<sup>e</sup> éd. rév. 1998), p. 263-264; J. C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law: Cases and Materials* (7<sup>e</sup> éd. 1999), p. 27; A. P. Simester et G. R. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (2000), p. 21). La causalité juridique, qui vise à rattacher les conséquences prohibées à un acte coupable de l’accusé, reflète également le principe fondamental selon lequel les personnes moralement innocentes ne doivent pas être punies (voir *R. c. Nette*, [2001] 3 R.C.S. 488, 2001 CSC 78, par. 45). Pour décider si la causalité juridique a été établie, il faut se demander si l’accusé doit être tenu criminellement responsable des conséquences ayant résulté de sa conduite. Comme je l’ai dit dans l’arrêt *Nette*, précité, par. 47, « [b]ien que la causalité soit

*mens rea*, the proper standard of causation expresses an element of fault that is in law sufficient, in addition to the requisite mental element, to base criminal responsibility.” This inquiry seeks in fact to determine whether blame can be attributed to the accused and is illustrative of criminal law’s preoccupation that both the physical and mental elements of an offence coincide to reflect the blameworthiness attached to the offence and the offender.

228

In order to determine whether the principle developed in the *Motor Vehicle Reference* may apply to ground an element of fault in the *actus reus*, it is instructive to examine the interaction between the mental and physical elements of an offence and to review how the Court has applied that principle with respect to the *mens rea*. As Lamer J. explained in *Vaillancourt*, *supra*, at p. 652:

In effect, *Re B.C. Motor Vehicle Act* acknowledges that, whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even, as in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state which is an essential element of the offence. . . . *Re B.C. Motor Vehicle Act* did not decide what level of *mens rea* was constitutionally required for each type of offence, but inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence was required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. [Emphasis in original.]

Further, Lamer J. explained, at p. 653, that

whatever the minimum *mens rea* for the act or the result may be, there are, though very few in number, certain crimes where, because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. Such is theft, where, in my view, a conviction requires proof of some dishonesty. Murder is another such offence.

une question distincte de la *mens rea*, le critère de causalité approprié comporte un élément de faute qui, outre l’élément moral requis, est suffisant en droit pour conclure à la responsabilité criminelle. » Cette analyse, qui consiste à décider si l’accusé peut être blâmé, illustre bien le souci du droit criminel de s’assurer que les éléments matériel et moral d’une infraction coïncident pour refléter le caractère blâmable associé à l’infraction et au délinquant.

Afin de déterminer si l’application du principe élaboré dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* permet de dégager un élément de faute dans l’*actus reus*, il est utile de considérer l’interaction de l’élément moral et de l’élément matériel de l’infraction et de voir comment la Cour a appliqué le principe susmentionné à la *mens rea*. Comme l’a expliqué le juge Lamer dans l’arrêt *Vaillancourt*, précité, p. 652 :

En fait, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on reconnaît que dans tous les cas où l’État recourt à la restriction de la liberté, comme l’emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même si, comme dans ce renvoi, il ne s’agit que d’une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d’un état d’esprit minimal chez l’accusé constitue un élément essentiel de l’infraction. [. . .] Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on ne précise pas le degré de *mens rea* qu’exige la Constitution pour chaque type d’infraction, mais on établit indirectement que, même dans le cas d’une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l’accusé qui risque d’être condamné à l’emprisonnement s’il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. [Souligné dans l’original.]

Le juge Lamer a en outre donné les explications suivantes, aux p. 653-654 :

. . . quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l’acte ou le résultat, il existe, quoiqu’ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question. Tel est le cas du vol dont, selon moi, on ne peut être déclaré coupable que s’il y a preuve d’une certaine malhonnêteté. Le meurtre en est un autre exemple.



The constitutionalization of fault requirements has indeed cast doubt on some *Criminal Code* offences and this Court has, in *Vaillancourt*, *supra*, and in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, for example, used the criteria of the stigma and punishment attached to an offence as determinative of the fault level or *mens rea* required for conviction. Specifically, the Court has decided that for murder and theft, principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter* demand subjective intent or recklessness. Thus, the constructive murder provisions of the *Code* which required only objective foreseeability of death and in some circumstances, only a causal connection, were held to be unconstitutional.

The special mental element required for these offences gives rise to the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence attached to them: *Vaillancourt*, *supra*, at p. 654; *Martineau*, *supra*, at p. 646. In *Martineau*, it was decided that the essential role of requiring subjective foresight of death in the context of murder was to “maintain a proportionality between the stigma and punishment attached to a murder conviction and the moral blameworthiness of the offender” (p. 646). The principles of fundamental justice require, because of the special nature of the stigma attached to a murder conviction, and the available penalties, a *mens rea* reflecting the particular nature of the crime. The moral blameworthiness of a particular offender thus stems from the constitutionally required mental element, which is determined by considering the stigma and criminal sanction attaching to prohibited conduct.

In my view, the principle that stigma and punishment must be proportionate to the moral blameworthiness of the offender stands only if there is a sufficiently blameworthy element in the *actus reus* itself. A culpable mental state attached to a conduct may only be held “culpable” provided that the offender and his conduct ought to be blamed (see A. von Hirsch and N. Jareborg, “Gauging

La constitutionnalisation des exigences relatives à l’existence d’une faute a d’ailleurs remis en question la validité de certaines infractions prévues par le *Code criminel* et, dans les arrêts *Vaillancourt*, précité, et *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, par exemple, la Cour a utilisé les stigmates et la peine rattachés à une infraction comme critères de détermination du degré de faute ou de *mens rea* requis pour qu’il y ait déclaration de culpabilité. Plus précisément, la Cour a jugé que, pour le meurtre et le vol, les principes de justice fondamentale garantis par l’art. 7 de la *Charte* exigent qu’il y ait intention subjective ou insouciance. En conséquence, ont été jugées inconstitutionnelles les dispositions du *Code* créant l’infraction de meurtre par imputation, qui n’exigeaient que la prévisibilité objective de la mort et, dans certaines circonstances, un simple lien de causalité.

L’élément moral spécial requis pour ces infractions est la source de la culpabilité morale justifiant les stigmates et la peine associés à celles-ci : *Vaillancourt*, précité, p. 654; *Martineau*, précité, p. 646. Dans ce dernier arrêt, la Cour a décidé que la condition requérant la prévisibilité subjective de la mort dans le contexte d’un meurtre avait essentiellement pour rôle de « maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre et la culpabilité morale du délinquant » (p. 646). En raison du caractère particulier des stigmates liés à la déclaration de culpabilité pour meurtre et des peines applicables à cette infraction, les principes de justice fondamentale exigent que la *mens rea* reflète la nature particulière du crime. La culpabilité morale d’un délinquant découle donc de l’élément moral requis sur le plan constitutionnel, dont on détermine l’existence en examinant les stigmates et la sanction criminelle se rattachant au comportement prohibé.

À mon avis, le principe qui exige la proportionnalité entre, d’une part, les stigmates et la peine et, d’autre part, la culpabilité morale du délinquant ne reste valable que si l’*actus reus* lui-même comporte un caractère suffisamment blâmable. L’état d’esprit coupable associé à un comportement ne peut être jugé « coupable » que si le délinquant et son comportement doivent être blâmés (voir A. von Hirsch et

Criminal Harm: A Living-Standard Analysis” (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 1, at p. 6). This was implicitly recognized by this Court in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at pp. 964-65, where Sopinka J. held: “[p]rovided that there is a sufficiently blameworthy element in the *actus reus* to which a culpable mental state is attached, there is no additional requirement that any other element of the *actus reus* be linked to this mental state or a further culpable mental state” (emphasis added). Thus, in my opinion, the principles developed in *Motor Vehicle Reference* mandate a consideration of what is blamable in a specific conduct, i.e., what underlies stigma and punishment. Offences have both a mental and a physical element. An evaluation of the blameworthiness of conduct must take into account both elements so that wrongful conduct will not be held blamable without the necessary mental element and, on the other hand, a deliberate (or reckless or negligent) activity will not be held blamable without the activity being wrongful in the first place. Therefore, in assessing the moral blameworthiness of the offender, the inherent nature of the act committed, or the wrongfulness of the *actus reus*, must be considered.

231

What exactly is wrong or blameworthy in a given criminal offence is rarely an object of debate and is usually described by the harm or risk of harm associated with the conduct. Indeed, harm is so intrinsic to most offences that few would contest, for example, the harm to others associated with murder, assault, or theft. Murder affects the fundamental right to life; assault affects the victim’s security and dignity; and theft affects the victim’s material comfort and, in certain circumstances, his or her right to security, dignity and privacy. In fact, harm is often central to the requirement that punishment must be proportionate to the moral blameworthiness of the offender; in other words, “the fundamental principle of a morally based system of law [is] that those causing harm intentionally [should] be punished more severely than those causing harm unintentionally” (*Martineau, supra*, at p. 645; *Creighton, supra*, at p. 46; H. L. A. Hart, “Punishment and the Elimination of Responsibility”, in *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*

N. Jareborg, « Gauging Criminal Harm : A Living-Standard Analysis » (1991), 11 *Oxford J. Legal Stud.* 1, p. 6). Cette condition a été reconnue implicitement par la Cour dans l’arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, p. 964-965, où le juge Sopinka a dit ceci : « [à] la condition qu’il existe un élément suffisamment blâmable dans l’*actus reus* auquel se rattache un état d’esprit coupable, la loi n’exige pas qu’un autre élément de l’*actus reus* soit lié à cet état d’esprit ou à un autre état d’esprit coupable » (je souligne). Voilà pourquoi j’estime que les principes formulés dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* commandent l’examen du caractère blâmable d’un comportement donné, c’est-à-dire ce qui est à l’origine des stigmates et de la peine. Les infractions comportent à la fois un élément moral et un élément matériel. L’évaluation du caractère blâmable d’un comportement doit tenir compte de ces deux éléments afin qu’un comportement fautif ne soit pas jugé blâmable en l’absence de l’élément moral nécessaire et, à l’inverse, qu’un acte délibéré (ou encore insouciant ou négligent) ne soit pas jugé blâmable s’il n’est pas au départ fautif. Par conséquent, pour juger de la culpabilité morale du délinquant, il faut tenir compte de la nature intrinsèque de l’acte commis ou du caractère fautif de l’*actus reus*.

L’élément précis qui, dans une infraction criminelle, est fautif ou blâmable fait rarement l’objet de débats et on le désigne habituellement en faisant état du préjudice ou risque de préjudice lié au comportement. De fait, l’existence d’un préjudice est un aspect tellement intrinsèque à la plupart des infractions que rares sont les personnes qui contesteraient, par exemple, le préjudice que causent à autrui le meurtre, les voies de fait ou le vol. Le meurtre porte atteinte au droit fondamental à la vie, les voies de fait touchent à la sécurité et à la dignité de la victime et le vol s’attaque au confort matériel de la victime en plus, dans certaines circonstances, de violer son droit à la sécurité, à la dignité et à la vie privée. En fait, le préjudice est souvent l’élément central de l’obligation de proportionnalité entre la peine et la culpabilité morale du délinquant; en d’autres mots, « le principe fondamental d’un système de droit fondé sur la morale [est] que ceux qui causent un préjudice intentionnellement [devraient] être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontai-

(1968), at p. 162). Typically, the debate usually does not concern whether the conduct is harmful *per se*, but rather whether the level of harm caused or the inherent gravity of the conduct justify an increase in the harshness of labelling or sentencing.

Courts indeed often undertake an evaluation of the level of blameworthiness of the *actus reus*. Identical levels of intent (e.g., the intention to cause death) can lead to different degrees of labelling if the act itself is more deserving of condemnation. For instance, in *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695 (released concurrently with *Martineau*, *supra*), this Court analysed in light of s. 7 whether a sentencing scheme which classified murders done while committing certain underlying offences as more serious, and thereby attaching more serious penalties to them, was unconstitutional. This Court found the increased harshness of labelling and punishment to be constitutionally valid under s. 7. Lamer C.J. came to this by examining the blameworthiness of the offence (at p. 704):

The section is based on an organizing principle that treats murders committed while the perpetrator is illegally dominating another person as more serious than other murders. Further, the relationship between the classification and the moral blameworthiness of the offender clearly exists. . . . Parliament's decision to treat more seriously murders that have been committed while the offender is exploiting a position of power through illegal domination of the victim accords with the principle that there must be a proportionality between a sentence and the moral blameworthiness of the offender and other considerations such as deterrence and societal condemnation of the acts of the offender. [Emphasis added.]

Harm is frequently the determining factor in assessing the severity of an offence and in distinguishing between levels of responsibility for equally mentally blamable acts. For example, under s. 7, this Court, in *DeSousa* (*per Sopinka J.*), held that Parliament could treat crimes that produce certain consequences as more serious than crimes that lack those consequences: “[I]t is acceptable to

rement » (*Martineau*, précité, p. 645; *Creighton*, précité, p. 46; H. L. A. Hart, « Punishment and the Elimination of Responsibility », dans *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law* (1968), p. 162). En général, il ne s’agit pas de déterminer si le comportement est préjudiciable en soi, mais plutôt si l’ampleur du préjudice causé ou la gravité intrinsèque du comportement justifient une qualification ou une peine plus sévère.

De fait, les tribunaux procèdent souvent à l’évaluation du caractère blâmable de l’*actus reus*. Une même intention (par exemple l’intention de causer la mort) peut entraîner des qualifications différentes si l’acte mérite davantage d’être condamné. À titre d’exemple, dans l’arrêt *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695 (rendu en même temps que l’arrêt *Martineau*, précité), la Cour a examiné, au regard de l’art. 7, la constitutionnalité d’un régime de détermination de la peine qui qualifiait de façon plus sérieuse les meurtres commis durant la perpétration de certaines infractions et qui les assortissait en conséquence de peines plus sévères. La Cour a conclu à la constitutionnalité de ces qualifications et peines plus sévères au regard de l’art. 7. Le juge en chef Lamer est arrivé à cette conclusion par suite de l’examen du caractère blâmable de l’infraction (à la p. 704) :

Le paragraphe est fondé sur un principe directeur qui considère que le meurtre commis pendant que son auteur domine illégalement une autre personne est plus grave qu’un autre meurtre. De plus, il y a nettement un rapport entre la classification et la culpabilité morale du délinquant. [. . .] La décision du Parlement de traiter plus sévèrement les meurtres commis pendant que leur auteur exploitait une situation de puissance par la domination illégale de la victime est conforme au principe qu’il doit y avoir proportionnalité entre une peine et la culpabilité morale du délinquant, ainsi qu’à d’autres considérations comme la dissuasion et la réprobation sociale des actes du délinquant. [Je souligne.]

En présence d’actes également blâmables sur le plan moral, le préjudice est souvent le facteur déterminant dans l’évaluation de la gravité d’une infraction et dans la différenciation des degrés de responsabilité. Par exemple, dans l’arrêt *DeSousa* (le juge Sopinka), la Cour a jugé, au regard de l’art. 7, que le législateur pouvait considérer certains crimes, qui entraînaient des conséquences

232

233

distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused” (p. 967). See also *R. v. Williams*, [2003] 2 S.C.R. 134, 2003 SCC 41, at paras. 43-46.

234

These principles are also in line with all sentencing principles adopted by this Court. Indeed, harm, or the seriousness of prohibited conduct, along with mental blameworthiness, form the basis for culpability, and go hand in hand to determine the appropriate sentence (see D. E. Scheid, “Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments” (1997), 10 *Can. J.L. & Juris.* 441, at p. 484; von Hirsch and Jareborg, *supra*, at p. 2). It is a fundamental principle of sentencing that both the severity of the offence and the moral blameworthiness of the offender should dictate the quantum of sentence. As Lamer C.J. held in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 36: “For offences where imprisonment is available, the *Code* sets maximum terms of incarceration in accordance with the relative severity of each crime.” And further, at para. 40: “It is a well-established tenet of our criminal law that the quantum of sentence imposed should be broadly commensurate with the gravity of the offence committed and the moral blameworthiness of the offender.” See also s. 718.1 of the *Criminal Code*, which states that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender”: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 82; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, at para. 18; G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), at pp. 461-62.

235

Hence, harm or the risk of harm is a determinative factor in the assessment of the seriousness or wrongfulness of prohibited conduct. Harm associated with victimizing conduct, i.e., conduct which infringes on the rights and freedoms of identifiable persons, is the most obvious, and the concern usually is with how much the person has been harmed. This, in turn, is likely to dictate the extent of

données, comme plus graves que les crimes ne produisant pas ces conséquences : « il est acceptable d’établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé » (p. 967). Voir également *R. c. Williams*, [2003] 2 R.C.S. 134, 2003 CSC 41, par. 43-46.

Ces principes sont également conformes à tous les principes de détermination de la peine adoptés par la Cour. De fait, le préjudice — ou la gravité du comportement prohibé — et la culpabilité morale constituent le fondement même de la culpabilité et vont de pair pour déterminer la peine appropriée (voir D. E. Scheid, « Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments » (1997), 10 *Can. J.L. & Juris.* 441, p. 484; von Hirsch et Jareborg, *loc. cit.*, p. 2). Selon un principe fondamental de détermination de la peine, tant la gravité de l’infraction que la culpabilité morale du délinquant doivent dicter la sévérité de la peine. Comme l’a dit le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 36, « [d]ans le cas des infractions punissables par l’emprisonnement, le *Code* fixe des durées maximales d’incarcération correspondant à la gravité relative de chaque crime. » Il a ajouté ceci, au par. 40, « [i]l existe un principe bien établi de notre droit criminel selon lequel l’importance de la peine infligée doit être généralement proportionnelle à la gravité de l’infraction commise et à la culpabilité morale du contrevenant ». Voir aussi l’art. 718.1 du *Code criminel*, qui précise que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 82; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, par. 18; G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), p. 461-462.

Par conséquent, le préjudice ou le risque de préjudice constitue un facteur déterminant dans l’appréciation de la gravité ou du caractère fautif du comportement interdit. Le préjudice découlant d’un comportement attentatoire, c’est-à-dire un comportement portant atteinte aux droits et libertés de personnes identifiables, est quelque chose d’évident et la difficulté consiste habituelle-

punishment or the difference in the labelling of an offence, as well as the level of *mens rea* necessary to establish culpability. Other forms of conduct cause harm that is more diffuse, where no identifiable persons have had their rights or freedoms infringed by the conduct; the harm there is collective and it is the public interest that is adversely affected. Finally, other conduct is even more distant from this notion of harm, and the prohibition of that conduct is aimed at advancing public interests distinct from the protection of individuals or society.

The fundamental question raised in these appeals is whether harm is a constitutionally required component of the *actus reus* of any offence punishable by imprisonment. We have seen above that harm may not be the only basis upon which Parliament may decide to prohibit or regulate a given type of conduct. We must now determine whether the *Charter* requires that harm be the sole basis upon which the state may employ the threat of imprisonment as a sanction against a prohibited conduct.

The debate over the harm principle takes place around the traditional confrontation between harm and morality as a basis for restricting an individual's liberty. The liberal view was initially espoused by Victorian philosopher and economist John Stuart Mill in his essay, *On Liberty*. He wrote:

The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to

ment à déterminer son étendue. Ce préjudice dicte généralement la sévérité de la peine ou la qualification de l'infraction ainsi que le degré de *mens rea* nécessaire pour établir la culpabilité. D'autres formes de comportement causent un préjudice plus imprécis. Il s'agit des situations où le comportement ne porte pas atteinte aux droits ou libertés de personnes identifiables, où le préjudice est collectif et où c'est l'intérêt public qui subit l'effet préjudiciable. Enfin, il existe d'autres comportements qui sont encore plus éloignés de cette notion de préjudice et dont l'interdiction vise à défendre des intérêts publics distincts de la protection de personnes données ou de la société.

La question fondamentale que soulèvent les présents pourvois consiste à décider si, suivant la Constitution, le préjudice constitue un élément essentiel de l'*actus reus* de toute infraction punissable par l'emprisonnement. Nous avons vu précédemment que l'existence d'un préjudice n'est pas la seule raison susceptible d'amener le Parlement à décider d'interdire ou de réglementer un comportement donné. Nous devons maintenant nous demander si par l'effet de la *Charte* le préjudice est le seul motif justifiant l'État de recourir à la menace d'emprisonnement comme sanction d'un comportement interdit.

Le débat sur le principe du préjudice s'inscrit dans le débat concernant l'opposition historique entre préjudice et moralité comme raison justifiant de restreindre la liberté de l'individu. L'interprétation libérale a au départ été défendue par le philosophe et économiste de l'ère victorienne, John Stuart Mill, dans son essai intitulé *De la liberté*, où il a écrit ceci :

L'objet de cet essai est de poser un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle, que les moyens utilisés soient la force physique par le biais de sanctions pénales ou la contrainte morale exercée par l'opinion publique. Ce principe veut que les hommes ne soient autorisés, individuellement ou collectivement, à entraver la liberté d'action de quiconque que pour assurer leur propre protection. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de

236

237

prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him, must be calculated to produce evil to some one else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign. [Emphasis added.]

(J. S. Mill, *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at pp. 8-9)

Mill's principle was exclusive: "[T]he only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others" (p. 8 (emphasis added)).

238

Mill's assertion was challenged by Sir James Fitzjames Stephen in *Liberty, Equality, Fraternity* (1967), initially published in 1874, who strongly opposed any limitation on the power of the state to enforce morality. Stephen's argument was best captured in a now-famous passage: "there are acts of wickedness so gross and outrageous that, self-protection apart, they must be prevented as far as possible at any cost to the offender, and punished, if they occur, with exemplary severity" (p. 162). This debate between Mill and Stephen was reignited in England by the recommendation in 1957 of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution to decriminalize homosexuality on the basis that it is not the duty of the law to concern itself with immorality as such (*The Wolfenden Report* (1963), at paras. 61-62). The reactions to the *Wolfenden Report* have been vehement. Lord Patrick Devlin, in his Maccabean Lecture delivered at the British Academy in 1959 (later published: P. Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965)), argued that purportedly immoral activities, like homosexuality and

l'empêcher de nuire aux autres. Contraindre quiconque pour son propre bien, physique ou moral, ne constitue pas une justification suffisante. Un homme ne peut pas être légitimement contraint d'agir ou de s'abstenir sous prétexte que ce serait meilleur pour lui, que cela le rendrait plus heureux ou que, dans l'opinion des autres, agir ainsi serait sage ou même juste. Ce sont certes de bonnes raisons pour lui faire des remontrances, le raisonner, le persuader ou le supplier, mais non pour le contraindre ou lui causer du tort s'il agit autrement. La contrainte ne se justifie que lorsque la conduite dont on désire détourner cet homme risque de nuire à quelqu'un d'autre. Le seul aspect de la conduite d'un individu qui soit du ressort de la société est celui qui concerne les autres. Mais pour ce qui ne concerne que lui, son indépendance est, de droit, absolue. Sur lui-même, sur son corps et son esprit, l'individu est souverain. [Je souligne.]

(J. S. Mill, *De la liberté* (1990), trad. de L. Lenglet, p. 74-75)

Le principe énoncé par Mill avait un caractère exclusif : « La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres » (p. 74 (je souligne)).

Cette affirmation de Mill a été contestée par sir James Fitzjames Stephen dans l'ouvrage *Liberty, Equality, Fraternity* (1967), publié pour la première fois en 1874, où l'auteur s'opposait farouchement à toute restriction du pouvoir de l'État de faire respecter la moralité. L'extrait suivant, désormais célèbre, résume parfaitement le raisonnement de Stephen : [TRADUCTION] « certains actes sont d'une méchanceté à ce point grave et intolérable que, exception faite des situations de légitime défense, ils doivent autant que possible être réprimés, et ce quel qu'en soit le coût pour le délinquant, et, s'ils sont commis, ils doivent être punis avec une sévérité exemplaire » (p. 162). Ce débat entre Mill et Stephen a été ranimé en Angleterre lorsque le Committee on Homosexual Offences and Prostitution a recommandé en 1957 la décriminalisation de l'homosexualité parce qu'il ne ressortit pas au droit de se préoccuper de l'immoralité en tant que telle (*The Wolfenden Report* (1963), par. 61-62). Le *Wolfenden Report* a suscité de vives réactions. Par ailleurs, dans un texte qu'il a prononcé dans le cadre des Maccabean

prostitution, should remain criminal offences and he became associated with the principle of legal moralism — the principle that moral offences should be regulated because they are immoral (see on this: B. E. Harcourt, “The Collapse of the Harm Principle” (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109, at pp. 111-12; B. Lauzon, *Les champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures* (2002), at p. 26).

This position is opposed to the liberal view of Professors Hart and Feinberg who reiterated Mill’s harm principle. According to J. Feinberg, who adopts a less exclusive view of the harm principle in *The Moral Limits of the Criminal Law* (1984), in the first volume, entitled *Harm to Others*, at p. 26, “[i]t is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing . . . harm to persons other than the actor.” The debate between legal moralism and the harm principle has stimulated academic discussions and much has been written on this topic (see, *inter alia*, in addition to other sources cited throughout these reasons: “Symposium: The Moral Limits of the Criminal Law” (2001), 5 *Buff. Crim. L. Rev.* 1-319; *Mill’s On Liberty: Critical Essays* (1997), edited by Gerald Dworkin). Braidwood J.A. referred, at paras. 107-12, to various authors who either adopted the harm principle or incorporated it in their writings. One of the most prominent, H. L. Packer, in his influential *The Limits of the Criminal Sanction* (1968) said, at p. 267, that “harm to others” must be a “limiting criteri[on] for invocation of the criminal sanction”. This debate, which has remained focused, as I said earlier, on what should be criminalized, also permeated the work of the Law Reform Commissions in Canada on possible reforms of the *Criminal Code*. I need not expand on their recommendations for my purposes. Suffice it to say that Braidwood J.A. referred to various reports, all of which basically advocated that the criminal law should only be used, save in

Lectures devant la British Academy en 1959 (et qui a plus tard été publié : P. Devlin, *The Enforcement of Morals* (1965)), lord Patrick Devlin a soutenu que des activités censément immorales telles l’homosexualité et la prostitution devraient rester des infractions criminelles. Il a alors été associé au principe du moralisme juridique — principe selon lequel les infractions à la morale devraient être réglementées parce qu’elles sont immorales (voir, à ce sujet, B. E. Harcourt, « The Collapse of the Harm Principle » (1999), 90 *J. Crim. L. & Criminology* 109, p. 111-112; B. Lauzon, *Les champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures* (2002), p. 26).

Cette position est contraire au point de vue libéral préconisé par les professeurs Hart et Feinberg qui ont réaffirmé le principe du préjudice énoncé par Mill. Selon J. Feinberg, qui adopte une conception moins exclusive de ce principe dans le premier volume, intitulé *Harm to Others*, de son ouvrage *The Moral Limits of the Criminal Law* (1984), p. 26, [TRADUCTION] « [i]l est toujours justifié d’adopter une loi pénale susceptible d’empêcher [. . .] un préjudice à d’autres personnes qu’à l’auteur de l’acte. » Le débat opposant moralisme juridique et principe du préjudice a stimulé les discussions entre théoriciens et on a écrit abondamment sur ce sujet (voir, notamment, en plus des autres sources citées dans les présents motifs : « Symposium : The Moral Limits of the Criminal Law » (2001), 5 *Buff. Crim. L. Rev.* 1-319; *Mill’s On Liberty : Critical Essays* (1997), dir. Gerald Dworkin). Aux paragraphes 107-112, le juge Braidwood de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a cité plusieurs auteurs qui soit ont souscrit au principe du préjudice soit l’ont incorporé dans leurs travaux. L’un des plus connus, H. L. Packer, a dit, à la p. 267 de son important ouvrage intitulé *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), que [TRADUCTION] « le préjudice à autrui » doit être considéré comme un « critèr[e] restreignant le recours aux sanctions pénales ». Ce débat qui, comme je l’ai dit plus tôt, est resté axé sur ce qui devrait être criminalisé, a aussi influencé les travaux des diverses commissions de réforme de droit au Canada qui ont étudié de possibles changements au *Code criminel*. Il n’est pas nécessaire

exceptional circumstances, where conduct causes or risks causing significant or grave harm to others or society (see paras. 113-16).

240 This philosophical and theoretical debate is of great interest and is a useful policy tool for law makers. It may also serve as a guide in the characterization of the harm principle as a principle of fundamental justice. However, as guardians of the constitutional principles of fundamental justice, courts are not expected to merely choose from among the competing theories of harm advanced by criminal law theorists. As Doherty J.A. said in *R. v. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43 (Ont. C.A.), at para. 31:

Nor should the harm principle be taken as an invitation to the judiciary to consecrate a particular theory of criminal liability as a principle of fundamental justice. This is so even if that theory has gained the support of law reformers, some of whom also happen to be judges. Judicial review of the substantive content of criminal legislation under s. 7 should not be confused with law reform. Judicial review tests the validity of legislation against the minimum standards set out in the *Charter*. Law reform tests the legal *status quo* against the law reformer's opinion of what the law should be.

241 This Court has discussed, albeit under s. 1, the interaction between morality and harm as a valid basis to restrict *Charter* rights. In *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 498, Sopinka J., writing for the majority, held that “[t]he objective of maintaining conventional standards of propriety, independently of any harm to society, is no longer justified in light of the values of individual liberty which underlie the *Charter*.” Sopinka J. also noted, at pp. 492-93, that “[t]o impose a certain standard of public and sexual morality, solely because it reflects the conventions

que je m’attarde à leurs recommandations dans les présents motifs. Il suffit de dire que le juge Braidwood a fait état de différents rapports qui ont tous essentiellement proposé que, sauf circonstances exceptionnelles, le législateur ne puisse avoir recours au droit criminel que dans les cas où le comportement litigieux cause ou est susceptible de causer un préjudice grave ou important à d’autres personnes ou à la société (voir les par. 113-116).

Ce débat théorique et philosophique présente un grand intérêt et constitue un instrument utile pour les législateurs. Il peut également servir de guide dans la définition du principe du préjudice comme principe de justice fondamentale. Toutefois, le rôle des tribunaux en tant que gardiens des principes de justice fondamentale garantis par la Constitution ne consiste pas simplement à choisir entre les diverses thèses avancées par les théoriciens du droit criminel à l’égard du principe du préjudice. Comme l’a dit le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43, par. 31 :

[TRADUCTION] Il ne faut pas non plus considérer que le principe du préjudice invite les tribunaux judiciaires à ériger en principe de justice fondamentale une théorie particulière en matière de responsabilité criminelle, et ce même si cette théorie a obtenu l’appui de réformateurs du droit, dont certains sont également des juges. Le contrôle judiciaire d’une loi pénale au regard de l’art. 7 ne saurait être confondu avec le processus de réforme du droit. Le contrôle judiciaire vérifie la validité d’une mesure législative au regard des normes minimales prévues par la *Charte*, alors que, dans le cadre de la réforme du droit, on compare le statu quo juridique sur une question à ce que devrait être, de l’avis du réformateur, le droit sur cette question.

La Cour a déjà analysé, au regard de l’article premier toutefois, l’interaction de la moralité et du préjudice comme raison justifiant de restreindre les droits garantis par la *Charte*. Dans l’arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, le juge Sopinka, qui s’exprimait au nom des juges majoritaires, a dit que « [l]’objectif de maintenir des normes de bienséance traditionnelles, indépendamment du préjudice causé à la société, n’est plus justifié compte tenu des valeurs relatives à la liberté individuelle qui sous-tendent la *Charte* » (p. 498). Précédemment, aux



of a given community, is inimical to the exercise and enjoyment of individual freedoms, which form the basis of our social contract. . . . The prevention of ‘dirt for dirt’s sake’ is not a legitimate objective which would justify the violation of one of the most fundamental freedoms enshrined in the *Charter*.” Sopinka J. however conceded that Parliament had the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society (at p. 493):

Moral disapprobation is recognized as an appropriate response when it has its basis in *Charter* values.

As the respondent and many of the interveners have pointed out, much of the criminal law is based on moral conceptions of right and wrong and the mere fact that a law is grounded in morality does not automatically render it illegitimate. In this regard, criminalizing the proliferation of materials which undermine another basic *Charter* right may indeed be a legitimate objective.

Sopinka J. found that the overriding objective of the impugned provision was not however moral disapprobation but the avoidance of harm to society, which he considered a substantial concern that justified restriction of the freedom of expression.

In a concurring opinion, Gonthier J., writing for himself and L’Heureux-Dubé J., said, at p. 522, that “the avoidance of harm to society is but one instance of a fundamental conception of morality”. Speaking about the type of moral claim that could justify an infringement of s. 2(b) of the *Charter*, Gonthier J. wrote, at pp. 523-24:

First of all, the moral claims must be grounded. They must involve concrete problems such as life, harm, well-being, to name a few, and not merely differences of opinion or of taste. Parliament cannot restrict *Charter* rights simply on the basis of dislike; this is what is meant by the expression “substantial and pressing” concern.

p. 492-493, le juge Sopinka avait dit qu’« [i]mposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu’elle reflète les conventions d’une société donnée, va à l’encontre de l’exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social. [. . .] La prévention de “l’obscénité pour l’obscénité” ne constitue pas un objectif légitime qui justifierait la violation de l’une des libertés les plus fondamentales consacrées dans la *Charte*. » Il a cependant reconnu, à la p. 493, que le Parlement avait le droit, en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité, de légiférer pour protéger les valeurs qui font partie intégrante d’une société libre et démocratique :

[TRADUCTION] La désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu’elle repose sur les valeurs de la *Charte*.

Comme l’intimée et de nombreux intervenants l’ont fait ressortir, une bonne partie du droit criminel repose sur des conceptions morales de ce qui est bon et de ce qui est mauvais, et le simple fait qu’un texte législatif soit fondé sur la moralité ne le rend pas automatiquement illégitime. À cet égard, criminaliser la prolifération du matériel qui porte atteinte à un autre droit fondamental garanti par la *Charte* peut bien constituer un objectif légitime.

Le juge Sopinka a conclu que la disposition contestée ne visait toutefois pas à exprimer la désapprobation morale, mais à éviter qu’un préjudice soit causé à la société, objectif qui constituait selon lui une préoccupation réelle justifiant de porter atteinte à la liberté d’expression.

Dans des motifs concourants, le juge Gonthier, s’exprimant en son nom et au nom de la juge L’Heureux-Dubé, a dit, à la p. 522, que « le fait d’éviter qu’un préjudice soit causé à la société n’est qu’un exemple de conception fondamentale de la moralité ». Commentant les types de prétentions morales susceptibles de justifier une atteinte à l’al. 2b) de la *Charte*, il a écrit ceci, aux p. 523-524 :

Premièrement, les prétentions morales doivent être fondées. Elles doivent porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être pour n’en nommer que quelques-uns; il ne doit pas s’agir simplement de divergences d’opinions ou de goûts. Le Parlement ne saurait restreindre les droits garantis par la *Charte* simplement pour des motifs d’aversion; c’est ce qu’on entend par préoccupation « réelle et urgente ».

Secondly, a consensus must exist among the population on these claims. They must attract the support of more than a simple majority of people. In a pluralistic society like ours, many different conceptions of the good are held by various segments of the population. . . . In this sense a wide consensus among holders of different conceptions of the good is necessary before the State can intervene in the name of morality.

243

In the present case, the state does not advance morality as a basis for restricting the right to liberty of the appellants, although it appears to have played an important role in the original addition of cannabis to the list of prohibited narcotics (both trial judges put special emphasis on the provocative writings of Edmonton, Alberta Magistrate Emily Murphy, which, according to Howard Prov. Ct. J., “consisted of reckless assertions of fact which were, quite simply, untrue” and which “helped to create a climate of irrational fear which, no doubt, provided some impetus to the movement to prohibit the use of marihuana” (para. 32)). Had the respondent based its legislation on morality grounds, we would have had to determine the sufficiency of this justification to resort to imprisonment in light of the harm principle as a principle of fundamental justice. However, it is not necessary to comment on the eventual success of such an argument because in any event, here, as in *Butler, supra*, the overriding purpose of the prohibition is not moral disapprobation, but the protection against harm. Therefore, we are not asked in these cases to take side in the “harm vs. morality” debate nor to determine if, and if so in which circumstances, conduct that offends morality could be said to harm others or society as a whole. The state purports to prohibit conduct that it says is directly harmful to the health of individuals, and incidentally to society as a whole.

244

I am of the view that the principles of fundamental justice require that whenever the state resorts to imprisonment, a minimum of harm to others

Deuxièmement, il doit exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l’appui de plus d’une majorité simple de la population. Dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de ce qui est bien. [ . . . ] En ce sens, il doit exister un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l’État puisse intervenir en invoquant la moralité.

En l’espèce, l’État n’invoque pas la moralité pour restreindre le droit des appelants à la liberté, bien que ce motif semble avoir joué un rôle important dans l’ajout initial du cannabis à la liste des stupéfiants interdits (dans les deux procès, les juges ont particulièrement insisté sur les écrits provocateurs de la magistrate Emily Murphy d’Edmonton en Alberta qui, selon la juge Howard, [TRADUCTION] « étaient constitués d’allégations de fait inconsidérées et tout bonnement fausses », « ayant contribué à créer un climat de crainte irrationnelle qui, sans aucun doute, a donné un élan au mouvement en faveur de l’interdiction de la marihuana » (par. 32)). Si l’intimée avait fondé sa mesure législative sur des principes de moralité, il nous aurait fallu statuer sur le caractère suffisant de ces motifs comme justification du recours à l’emprisonnement au regard du principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale. Il est toutefois inutile de commenter les chances de succès d’un tel argument, étant donné que quoi qu’il en soit, tout comme c’était le cas dans l’arrêt *Butler*, précité, l’objectif principal de l’interdiction en l’espèce n’est pas la désapprobation morale mais plutôt la protection contre un préjudice. En conséquence, nous n’avons pas, dans les présents pourvois, à prendre parti dans le débat opposant « préjudice et moralité » ni à déterminer s’il est possible de considérer qu’un comportement choquant la moralité ait pour effet de causer préjudice à d’autres personnes ou à la société en général et, si oui, dans quelles circonstances. L’État veut interdire un comportement qui, selon lui, est directement préjudiciable à la santé de certaines personnes et indirectement préjudiciable à l’ensemble de la société.

J’estime que les principes de justice fondamentale font en sorte que, dans tous les cas où l’État a recours à l’emprisonnement, l’existence d’un

must be an essential part of the offence. The state cannot resort to imprisonment as a punishment for conduct that causes little or no reasoned risk of harm to others. Prohibited conduct punishable by imprisonment cannot be harmless conduct or conduct that only causes harm to the perpetrator. As Braidwood J.A. said in *Caine*, “it is common sense that you don’t go to jail unless there is a potential that your activities will cause harm to others” (para. 134).

In *Murdock*, *supra*, Doherty J.A. characterized the harm principle as follows, at para. 33:

The harm principle, as a principle of fundamental justice, goes only so far as to preclude the criminalization of conduct for which there is no “reasoned apprehension of harm” to any legitimate personal or societal interest. If conduct clears that threshold, it cannot be said that criminalization of such conduct raises the spectre of convicting someone who has not done anything wrong. Difficult questions such as whether the harm justifies the imposition of a criminal prohibition or whether the criminal law is the best way to address the harm are policy questions that are beyond the constitutional competence of the judiciary and the institutional competence of the criminal law adversarial process.

Like Braidwood J.A. in *Caine* and Rosenberg J.A. in *Clay*, Doherty J.A.’s concern was, by his own words, to draw a distinction “between the harm principle as a principle of fundamental justice and closely related, but distinct policy questions surrounding the application of the criminal law” (para. 34). Indeed, he adds in a footnote at para. 33:

For example, many argue that the criminal sanction should be a last resort employed only if other forms of governmental action cannot adequately address the harm flowing from the conduct. This minimalist approach to criminal law may well be sound criminal law policy. However, it hardly reflects the historical reality of the scope of the criminal law so as to be properly described

préjudice minimal à autrui est nécessairement un élément essentiel de l’infraction. L’État ne peut pas sanctionner par l’emprisonnement un comportement qui ne crée peu ou pas de véritables risques pour autrui. Le comportement prohibé que l’on punit par l’emprisonnement ne peut pas être un comportement inoffensif ou préjudiciable uniquement à son auteur. Comme l’a dit le juge Braidwood dans l’arrêt *Caine*, [TRADUCTION] « il est logique qu’on ne vous envoie pas en prison, à moins que vos actes ne soient susceptibles de causer préjudice à autrui » (par. 134).

Dans l’arrêt *Murdock*, précité, le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario a fait les observations suivantes au sujet du principe du préjudice, au par. 33 :

[TRADUCTION] En tant que principe de justice fondamentale, le principe du préjudice ne fait qu’empêcher la criminalisation d’un comportement ne soulevant aucune « crainte raisonnée de préjudice » à l’égard d’un droit personnel ou sociétal légitime. Si le comportement soulève une telle crainte, il n’est pas possible d’affirmer que sa criminalisation risque d’entraîner la condamnation d’une personne qui n’a rien fait de mal. Des questions épineuses comme celles de savoir si le préjudice justifie la création d’une interdiction pénale ou si le droit criminel est le meilleur moyen de remédier au préjudice sont des questions de politique générale qui débordent la compétence reconnue aux tribunaux judiciaires par la Constitution et la capacité, en tant qu’institution, du système de débat contradictoire applicable en droit criminel.

À l’instar des juges Braidwood dans *Caine* et Rosenberg dans *Clay*, le juge Doherty voulait, selon ses propres termes, faire la distinction [TRADUCTION] « entre le principe du préjudice comme principe de justice fondamentale et les questions de politique générale — intimement liées mais distinctes — concernant l’application du droit criminel » (par. 34). En fait, il a ajouté ceci, dans une note en bas de page au par. 33 :

[TRADUCTION] Par exemple, bon nombre de personnes soutiennent que la création de sanctions criminelles ne devrait être utilisée que comme moyen de dernier ressort, lorsque toutes les autres formes d’intervention gouvernementale ne permettent pas de corriger adéquatement le préjudice découlant du comportement. Il est fort possible que cette conception minimaliste du droit criminel soit

as a principle of fundamental justice. Any attempt to apply minimalist doctrine to a specific piece of legislation would raise complex questions of social policy which would defy effective resolution in the context of the adversarial criminal law process.

246

As I said before, however, the focus must remain on the choice by the state to resort to imprisonment to sanction conduct that it has decided to prohibit through its criminal law power or otherwise. The power of Parliament to use criminal law is broad and any concern as to what should be criminalized remains in the hands of the elected representatives. However, in my view, be it as a criminal sanction or as a sanction to any other prohibition, imprisonment must, as a constitutional minimum standard, be reserved for those whose conduct causes a reasoned risk of harm to others. “Doing nothing wrong” in that sense means acting in a manner which causes little or no reasoned risk of harm to others or to society. The *Charter* requires that the highest form of restriction of liberty be reserved for those who, at a minimum, infringe on the rights or freedoms of other individuals or otherwise harm society. I note that the notion of harm is not foreign to s. 7. Indeed, in addition to the cases referred to earlier, McLachlin J. (as she then was), in her dissenting reasons in *Rodriguez*, *supra*, at p. 618, referred to the notion of harm to others while discussing the scope of the right to security under s. 7:

Security of the person has an element of personal autonomy, protecting the dignity and privacy of individuals with respect to decisions concerning their own body. It is part of the persona and dignity of the human being that he or she have the autonomy to decide what is best for his or her body. This is in accordance with the fact, alluded to by McEachern C.J.B.C. below, that “s. 7 was enacted for the purpose of ensuring human dignity and individual

une politique judiciaire mais elle tient si peu compte de la réalité historique du champ d’application du droit criminel qu’elle peut difficilement être qualifiée de principe de justice fondamentale. Toute tentative d’appliquer une doctrine minimaliste à une mesure législative donnée soulèverait de complexes questions de politique sociale peu susceptibles d’être réglées efficacement dans le cadre du système de débat contradictoire applicable en matière criminelle.

Toutefois, comme je l’ai dit précédemment, l’analyse doit être axée sur la décision de l’État de recourir à l’emprisonnement pour sanctionner un comportement qu’il a choisi d’interdire en exerçant son pouvoir de légiférer sur le droit criminel ou en vertu d’un autre chef de compétence. Le Parlement dispose d’un large pouvoir en matière de droit criminel et c’est aux représentants élus qu’il revient de décider des comportements qui doivent être criminalisés. Cependant, que l’emprisonnement soit utilisé comme sanction d’un crime ou d’une autre prohibition, je suis d’avis que la Constitution requiert au minimum que cette peine soit réservée aux individus dont le comportement crée un véritable risque de préjudice pour autrui. En ce sens, « rien faire de mal » s’entend du fait d’agir d’une manière qui ne crée que peu ou pas de risques véritables de préjudice pour d’autres personnes ou pour la société. La *Charte* exige que la forme la plus totale de restriction de la liberté ne soit infligée qu’aux individus qui, au minimum, violent les droits ou libertés d’autres personnes ou causent de quelque autre façon préjudice à la société. Je souligne que la notion de préjudice n’est pas étrangère à l’art. 7. En effet, outre les arrêts mentionnés plus tôt, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dans ses motifs de dissidence dans l’arrêt *Rodriguez*, précité, p. 618, a fait état de la notion de préjudice à autrui dans le cours de son examen de la portée du droit à la sécurité garanti par l’art. 7 :

La sécurité de la personne comporte un élément d’autonomie personnelle protégeant la dignité et la vie privée des individus à l’égard des décisions concernant leur propre corps. Le pouvoir de décider de façon autonome ce qui convient le mieux à son propre corps est un attribut de la personne et de la dignité de l’être humain. Cela rejoint les propos du juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique, selon lequel [TRADUCTION] « l’art. 7 a été

control, so long as it harms no one else”: (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, at p. 164. [Emphasis added.]

Where legislation which may deprive individuals of their liberty is aimed at protecting other individuals or society from the risk of harm caused by the prohibited conduct, courts must scrutinize carefully the harm alleged. In victimizing conduct, the attribution of fault is relatively straightforward because of the close links between the actor’s culpable conduct and the resulting harm to the victim. This Court has used principles of interpretation aimed at excluding from the criminal ambit conduct that is tenuously related to the alleged harm. Thus, in *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, the accused accepted that harm to children justified criminalizing possession of some forms of child pornography. The fundamental question was rather whether the prohibition went too far by criminalizing possession of an unjustifiable range of material. McLachlin C.J., for the majority of this Court, had this to say on whether the causal link between a specific prohibition and the harm to children was sufficient, at paras. 74, 75 and 95:

These exclusions support the earlier suggestion that Parliament’s goal was to prohibit possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. The primary definition of “child pornography” does not embrace every kind of material that might conceivably pose a risk of harm to children, but appears rather to target blatantly pornographic material. . . .

Yet problems remain. The interpretation of the legislation suggested above reveals that the law may catch some material that particularly engages the value of self-fulfilment and poses little or no risk of harm to children.

If the law is drafted in a way that unnecessarily catches material that has little or nothing to do with the

adopté afin de protéger la dignité humaine et la maîtrise individuelle, pour autant que cela ne nuise pas à autrui » : (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, à la p. 164. [Je souligne.]

Lorsqu’une mesure législative dont l’application est susceptible de priver des individus de leur liberté a pour objet de protéger d’autres personnes ou la société contre le risque de préjudice causé par le comportement interdit, les tribunaux doivent examiner soigneusement le préjudice allégué. Dans le cas d’un comportement attentatoire, l’imputation de la faute est relativement simple en raison des liens étroits qui existent entre le comportement coupable et le préjudice en résultant pour la victime. La Cour a appliqué certains principes d’interprétation pour exclure du domaine criminel des comportements ayant des liens très ténus avec le préjudice allégué. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, l’accusé reconnaissait que le préjudice susceptible d’être causé aux enfants justifiait la criminalisation de la possession de certains types de pornographie juvénile. La question fondamentale consistait plutôt à décider si l’interdiction allait trop loin et criminalisait sans justification la possession d’un éventail trop large de matériel. S’exprimant au nom de la majorité, la juge en chef McLachlin a fait les observations suivantes relativement au caractère suffisant du lien de causalité entre l’interdiction et le préjudice causé aux enfants, aux par. 74, 75 et 95 :

Ces exclusions étayaient l’affirmation faite plus tôt que l’intention du législateur était d’interdire la possession de la pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu’un préjudice ne soit causé à des enfants. La définition fondamentale de la pornographie juvénile n’englobe pas tous les types de matériel qui pourraient théoriquement présenter un risque de préjudice pour les enfants, mais semble plutôt viser le matériel nettement pornographique. . . .

Il reste que certains problèmes subsistent. Selon l’interprétation proposée plus haut, la disposition peut viser du matériel qui fait particulièrement intervenir la valeur de l’épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants.

Si la disposition est rédigée de manière à englober inutilement du matériel qui n’a que peu ou rien à voir avec la

prevention of harm to children, then the justification for overriding freedom of expression is absent. [Emphasis added.]

While these comments were made under s. 1, they illustrate the threshold to be met to establish a sufficient causal link between prohibited conduct and the harm alleged to be caused by such conduct. Thus, for our purposes, if the prohibition of conduct engages a s. 7 interest, as the threat of imprisonment does, while the conduct poses little or no risk of harm to others, then the law is contrary to s. 7.

prévention du préjudice causé aux enfants, alors la suppression de la liberté d'expression n'est pas justifiée. [Je souligne.]

Bien que ces commentaires aient été faits dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, ils illustrent le critère minimal qui doit être respecté pour établir l'existence d'un lien de causalité suffisant entre le comportement interdit et le préjudice qui, prétend-on, serait causé par celui-ci. Par conséquent, pour les besoins des présents motifs, si l'interdiction d'un comportement met en jeu un droit protégé par l'art. 7, comme le fait la menace d'emprisonnement, alors que le comportement ne présente que « peu ou pas de risques de préjudice pour d'autres personnes », la mesure législative contrevient alors à l'art. 7.

248

Where harm to society as a whole is alleged, how must such harm be assessed? Harm caused to collective interests, as opposed to harm caused to identifiable individuals, is not easy to quantify and even less easy to impute to a distinguishable activity or actor. In order to determine whether specific conduct, which perhaps only causes direct harm to the actor, or which seems rather benign, causes more than little or no risk of harm to others, courts must assess the interest of society in prohibiting and sanctioning the conduct. "Societal interests" may indeed form part of the s. 7 analysis where the operative principle of fundamental justice necessarily involves issues like the protection of society. McLachlin J., in *Rodriguez*, *supra*, best summarized this idea. She stated, at p. 622:

As my colleague Sopinka J. notes, this Court has held that the principles of fundamental justice may in some cases reflect a balance between the interests of the individual and those of the state. This depends upon the character of the principle of fundamental justice at issue. Where, for instance, the Court is considering whether it accords with fundamental justice to permit the fingerprinting of a person who has been arrested but not yet convicted (*R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387), or the propriety of a particular change in correctional law which

Lorsque l'existence d'un préjudice pour l'ensemble de la société est alléguée, comment doit-on apprécier ce préjudice? Il n'est pas facile de quantifier le préjudice causé à des intérêts collectifs par opposition à celui causé à des personnes identifiables, et il est encore moins facile d'imputer la responsabilité de ce préjudice à une activité ou à un acteur reconnaissable. Pour déterminer si le comportement en question, qui ne cause peut-être qu'un préjudice direct à son auteur ou semble plutôt bénin, ne cause que « peu ou pas de risques de préjudice pour d'autres personnes », les tribunaux doivent évaluer l'intérêt qu'a la société à interdire ce comportement et à le punir. Les « intérêts sociétaux » peuvent effectivement faire partie de l'analyse fondée sur l'art. 7 lorsque le principe de justice fondamentale pertinent fait intervenir des préoccupations telle la protection de la société. Dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, la juge McLachlin a très bien résumé cette idée. Elle a dit ceci, à la p. 622 :

Comme le souligne mon collègue le juge Sopinka, notre Cour a décidé que les principes de justice fondamentale peuvent dans certains cas refléter un équilibre entre les intérêts de l'individu et ceux de l'État. Cela dépend de la nature du principe de justice fondamentale en cause. Quand, par exemple, la Cour détermine si sont conformes à la justice fondamentale la prise d'empreintes digitales d'une personne qui a été arrêtée, mais pas encore déclarée coupable (*R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387), ou un changement précis apporté au droit

has the effect of depriving a prisoner of a liberty interest (*Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143), it may be that the alleged principle will be comprehensible only if the state's interest is taken into account at the s. 7 stage.

(See, *inter alia*, *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52; *Godbout*, *supra*, at para. 78: "From the foregoing discussion, it is clear that deciding whether the infringement of a s. 7 right is fundamental[ly] just may, in certain cases, require that the right at issue be weighed against the interests pursued by the state in causing that infringement"; *Parker*, *supra*, at para. 113; *R. v. Pan* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, at paras. 177-87, appeal dismissed [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42, at paras. 39-40.) Considering the nature of the harm principle, societal interests will have to be assessed where the harm alleged to be associated with the prohibited conduct affects society as a whole rather than identifiable individuals.

Societal interests in prohibiting conduct are evaluated by balancing the harmful effects on society if the conduct in question is not prohibited by law against the effects of prohibiting the conduct in question. It would indeed be misleading to engage in an assessment of the state's interest in prohibiting conduct by evaluating solely the collective harm that the state wishes to prevent without also evaluating the collective costs incurred by preventing such harm (see *Packer*, *supra*, at p. 267: "[o]ne cannot meaningfully deal with the question of 'harm to others' without weighing benefits against detriments"). The harm or risk of harm to society caused by the prohibited conduct must outweigh any harm that may result from enforcement.

The impact conduct has on society will be assessed by gauging the tolerance society has for the negative effects (or harm) occasioned by the conduct in question. Similarly to what Sopinka J. said in *Butler*, *supra*, at p. 485, the stronger the inference of a risk of harm, the lesser the likelihood of tolerance. Such an assessment is contextual; it cannot

correctionnel qui a pour effet de priver un prisonnier d'un intérêt de liberté (*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143), il se peut alors que le principe allégué ne soit compréhensible que si l'intérêt de l'État est pris en compte à l'étape de l'art. 7.

(Voir, notamment, *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, p. 151-152; *Godbout*, précité, par. 78 : « Il ressort clairement de l'analyse qui précède que, pour déterminer si l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7 est conforme à la justice fondamentale, il faut, dans certains cas, soulever d'une part le droit en cause et d'autre part les objectifs poursuivis par l'État en portant atteinte à ce droit »; *Parker*, précité, par. 113; *R. c. Pan* (1999), 134 C.C.C. (3d) 1, par. 177-187; pourvoi rejeté [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42, par. 39-40.) Vu la nature du principe du préjudice, l'appréciation des intérêts sociétaux doit se faire dans les cas où le préjudice qu'entraînerait le comportement prohibé touche l'ensemble de la société plutôt que des personnes identifiables.

L'appréciation de l'intérêt qu'a la société à interdire un comportement consiste à soupeser, d'une part, les effets préjudiciables qu'aurait pour celle-ci le fait de ne pas interdire par voie législative le comportement en cause et, d'autre part, les effets qui découleraient de la prohibition de celui-ci. Il serait d'ailleurs erroné de faire cette appréciation en examinant seulement le préjudice collectif que l'État désire prévenir et non les coûts qu'entraînerait pour la collectivité la prévention de ce préjudice (voir *Packer*, *op. cit.*, p. 267 : [TRADUCTION] « [i]l est impossible d'analyser à fond la question du "préjudice pour autrui" sans soupeser les avantages et les inconvénients »). Le préjudice ou risque de préjudice que crée pour la société le comportement prohibé doit être plus grand que tout préjudice susceptible de résulter des mesures visant à le prévenir.

L'effet d'un comportement sur la société est déterminé en mesurant la tolérance de la société à l'égard des répercussions négatives (ou préjudice) de celui-ci. Comme l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, précité, p. 485, plus le risque de préjudice auquel on conclut est élevé, moins il y a de chances qu'il soit toléré. Cette appréciation

be undertaken in a vacuum and must therefore be made *in concreto*, by reference, where possible, to the tolerance society shows to the harm occasioned by comparable conduct. The risk of harm to society occasioned by the conduct must then be balanced against the costs imposed upon society by the prohibition of the conduct in question. The stronger the risk of harm to society caused by the conduct, the greater the costs society will be ready to bear to enforce its prohibition. Here once again, if the prohibition of conduct engages a s. 7 interest, as the threat of imprisonment does, while the conduct poses little or no risk of harm to others, then the law is contrary to s. 7.

251

I stress that where direct harm to identifiable others is caused by conduct, societal interests are easier to identify because of the nature of the relationship between the state, the offender, and the victim. As Doherty J.A. mentioned in *Murdock*, *supra*, at para. 35, in those circumstances, the state's interest is the protection of individuals in the community from the harm occasioned by the conduct in question. In prohibiting the conduct and in threatening imprisonment for its enforcement, the state restricts the actor's liberty in order to protect the rights or freedoms of others. In circumstances where one's rights and freedoms are directly threatened by another's actions, the state is justified in using imprisonment to sanction the conduct, provided that it causes more than little or no reasoned risk of harm to others. The justification is then grounded in the outer limits of individual freedom which reflect the need to preserve the rights and freedoms of others. In those circumstances, it would be offensive to pursue a further analysis as to whether the costs of enforcement of the offence are such that they outweigh the victim's rights. However, where others' rights and interests are not directly threatened by the prohibited conduct, the justification has a different source. In those circumstances, societal interests, comprising the benefits and detriments of a prohibition, must be such that the restriction of

est contextuelle; elle ne saurait être effectuée dans l'abstrait et elle doit par conséquent être réalisée *in concreto*, au moyen si possible d'une comparaison avec la tolérance que manifeste la société à l'égard d'un préjudice découlant d'un comportement analogue. Le risque de préjudice pour la société doit être examiné à la lumière des coûts que l'interdiction du comportement entraîne pour la société. Plus le risque de préjudice pour la société est élevé, plus celle-ci est disposée à supporter des coûts considérables pour faire respecter son interdiction. Encore une fois, si l'interdiction d'un comportement met en jeu un droit garanti par l'art. 7, comme le fait la menace d'emprisonnement, alors que le comportement ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour autrui, la mesure législative contestée contrevient à l'art. 7.

Je tiens à souligner que, dans les cas où un comportement cause directement préjudice à des personnes identifiables, les intérêts sociétaux en jeu sont plus faciles à reconnaître en raison de la nature des liens existant entre l'État, le délinquant et la victime. Comme l'a mentionné le juge Doherty dans l'arrêt *Murdock*, précité, par. 35, dans une telle situation l'intérêt de l'État est la protection de certains membres de la collectivité contre le préjudice résultant du comportement en cause. En interdisant le comportement, et en menaçant d'avoir recours à l'emprisonnement pour faire respecter son interdiction, l'État restreint la liberté de celui qui s'adonne à ce comportement, et ce dans le but de protéger les droits ou libertés d'autres personnes. Lorsque les droits et les libertés d'une personne sont directement menacés par les actes d'une autre, l'État est justifié de recourir à l'emprisonnement pour punir le comportement, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un comportement ne créant que peu ou pas de risques de préjudice pour autrui. La mesure trouve alors sa justification aux confins de la notion de liberté individuelle, c'est-à-dire là où commence la nécessité de protéger les droits et les libertés d'autrui. En présence de telles circonstances, il serait inopportun de poursuivre l'analyse et de se demander si les coûts nécessaires pour faire respecter l'interdiction sont tels qu'ils l'emportent sur les droits de la victime. Toutefois, lorsque le comportement prohibé ne menace pas



the person's liberty produces a net benefit as a whole.

(b) *Other Principles of Fundamental Justice Involved*

The harm principle is dispositive of these appeals. Therefore, I need not discuss whether other principles of fundamental justice are involved and whether the impugned provisions are in accordance with them.

We must now determine whether the harm associated with marijuana use justifies the state's decision to use imprisonment as a sanction against the prohibition of its possession.

(3) Has the Deprivation of Liberty Occurred in Accordance with the Principles of Fundamental Justice?

It is useful at this stage to briefly revisit the harm caused by marijuana use as found by the trial judges. Although there is no need at this stage to reproduce the findings of the trial judges as to what harms are not associated with marijuana use, remember that these findings displaced many commonly held but entirely erroneous assumptions regarding the effects of marijuana use (see para. 192, above). As to the harmful effects of marijuana use, recall that *McCarty J.* held in *Clay* that the consumption of marijuana is "not completely harmless" but "unlikely to create serious harm for most individual users or society" (para. 26).

Howard Prov. Ct. J. in *Caine* summarized her overall findings on harm as follows, at paras. 121-26:

directement les droits et intérêts d'autrui, la justification trouve sa source ailleurs. Dans un tel cas, les intérêts sociétaux — c'est-à-dire les avantages et les inconvénients de l'interdiction — doivent être tels que la restriction de la liberté de l'intéressé se traduise globalement par un avantage net.

b) *D'autres principes de justice fondamentale sont en cause*

Le principe du préjudice permet de trancher les présents pourvois. Je n'ai en conséquence pas besoin de me demander si d'autres principes de justice fondamentale sont en cause et si les dispositions contestées sont conformes à ceux-ci.

Nous devons maintenant déterminer si le préjudice lié à la consommation de marijuana justifie la décision de l'État d'avoir recours à l'emprisonnement pour faire respecter l'interdiction visant la possession de cette substance.

(3) La privation de liberté est-elle conforme aux principes de justice fondamentale?

À ce stade-ci, il convient de rappeler brièvement les effets néfastes de l'usage de la marijuana qui ont été constatés par les juges de première instance. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de reproduire toutes leurs conclusions sur les effets qui ne sont pas liés à l'usage de la marijuana, rappelons qu'ils ont écarté, dans leurs conclusions, de nombreuses hypothèses largement répandues mais totalement erronées quant aux effets de la consommation de cette substance (voir le par. 192 des présents motifs). Pour ce qui est des effets néfastes de l'usage de la marijuana, il convient de rappeler que, dans *Clay*, le juge *McCarty* a dit que la marijuana [TRADUCTION] « n'est pas complètement inoffensive » mais qu'elle « est néanmoins peu susceptible d'avoir des effets néfastes graves pour la plupart des personnes qui en consomment ou pour la société » (par. 26).

Dans l'affaire *Caine*, par. 121-126, la juge Howard de la Cour provinciale a résumé ainsi ses conclusions générales sur la question du préjudice :

252

253

254

255

The evidence before me demonstrates that there is a reasonable basis for believing that the following health risks exist with [marihuana use].

There is a general risk of harm to the users of marihuana from the acute effects of the drug, but these adverse effects are rare and transient. Persons experiencing the acute effects of the drug will be less adept at driving, flying and other activities involving complex machinery. In this regard they represent a risk of harm to others in society. At current rates of use, accidents caused by users under the influence of marihuana cannot be said to be significant.

There is also a risk that any individual who chooses to become a casual user, may end up being a chronic user of marihuana, or a member of one of the vulnerable persons identified in the materials. It is not possible to identify these persons in advance.

As to the chronic users of marihuana, there are health risks for such persons. The health problems are serious ones but they arise primarily from the act of smoking rather than from the active ingredients in marihuana. Approximately 5% of all marihuana users are chronic users. At current rates of use, this comes to approximately 50,000 persons. There is a risk that, upon legalization, rates of use will increase, and with that the absolute number of chronic users will increase.

In addition, there are health risks for those vulnerable persons identified in the materials. There is no information before me to suggest how many people might fall into this group. Given that it includes young adolescents who may be more prone to becoming chronic users, I would not estimate this group to be minuscule.

All of the risks noted above carry with them a cost to society, both to the health care and welfare systems. At current rates of use, these costs are negligible compared to the costs associated with alcohol and drugs [*sic*]. There is a risk that, with legalization, user rates will increase and so will these costs.

[TRADUCTION] La preuve qui m'a été soumise démontre l'existence de motifs raisonnables de croire que [la consommation de marihuana] comporte les risques suivants pour la santé.

Les effets aigus de la marihuana présentent un risque général pour les consommateurs de cette drogue, mais ces effets néfastes sont rares et passagers. Les personnes qui subissent ces effets aigus sont moins aptes à conduire un véhicule à moteur, à piloter un avion ou à exercer d'autres activités exigeant de faire fonctionner des appareils complexes. Ces personnes créent, de ce point de vue, un risque de préjudice pour les autres membres de la société. Eu égard aux niveaux actuels de consommation, on ne saurait affirmer que le nombre d'accidents causés par des personnes sous l'effet de la marihuana est important.

Il se peut également que la personne qui consomme occasionnellement de la marihuana devienne éventuellement un consommateur chronique ou fasse partie des personnes vulnérables mentionnées dans la documentation. Il est impossible d'identifier d'avance ces personnes.

Pour ce qui est des consommateurs chroniques de marihuana, ils courent des risques pour leur santé. Ces problèmes sont graves, mais ils découlent principalement du fait que la drogue est fumée, plutôt que des ingrédients actifs de celle-ci. Environ 5 % de tous les consommateurs de marihuana sont des consommateurs chroniques. Suivant les niveaux actuels de consommation, cela représente environ 50 000 personnes. La légalisation risque d'entraîner une augmentation des niveaux de consommation et, corollairement, du nombre absolu de consommateurs chroniques.

De plus, il existe également des risques pour la santé des personnes vulnérables mentionnées dans la documentation. On ne m'a fourni aucune information indiquant combien de personnes sont susceptibles d'entrer dans cette catégorie. Étant donné qu'il s'agit notamment de jeunes adolescents, personnes peut-être plus disposées à devenir des consommateurs chroniques, je ne crois pas qu'il s'agisse d'un groupe minuscule.

Tous les risques susmentionnés entraînent des coûts pour la société, tant pour le système de soins de santé que pour le régime d'aide sociale. Compte tenu des niveaux actuels de consommation, ces coûts sont négligeables si on les compare à ceux liés à l'alcool et aux drogues [*sic*]. La légalisation risque d'entraîner une augmentation du nombre d'utilisateurs et, en conséquence, de ces coûts.

La conclusion qui s'impose est que, exception faite des risques que comporte l'usage de la

The inevitable conclusion is that apart from the risks of impairment while driving, flying or

operating complex machinery and the impact of marihuana use on the health care and welfare systems, to which I will return, the harms associated with marihuana use are exclusively health risks for the individual user, ranging from almost non-existent for low/occasional/moderate users of marihuana to relatively significant for chronic users. In my view, as I stated above, harm to self does not satisfy the constitutional requirement that whenever the state resorts to imprisonment, there must be a minimum harm to others as an essential part of the offence. The prohibition of conduct that only causes harm to self, regardless of the gravity of the harm, is not in accordance with the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a means to enforce the prohibition, a breach of s. 7 of the *Charter* will have been established.

It is important at this stage to address a specific issue raised by my colleagues. Although they find that the purpose of the impugned legislation is the protection of health and public safety in general (see majority reasons at para. 65), my colleagues put great emphasis on the fact that it also aims at protecting vulnerable groups from self-inflicted harm (see majority reasons at paras. 76, 77, 100, 108, 123-126 and 132). Specifically, they recall the state's interest in acting to protect vulnerable groups, citing *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 70; and *B. (R.)*, *supra*, at para. 88. They also claim that the protection of vulnerable groups is a valid exercise of the criminal law power, citing *Rodriguez*, *supra*, at p. 595; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 74-75; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *Sharpe*, *supra*; and *Builer*, *supra*. While the cases referred to by my colleagues clearly illustrate the state's interest in the protection of vulnerable groups from others who might harm them, they are far from suggesting that it is the vulnerable ones who should be sent to jail for their self-protection. Implicit in my colleagues' argument is that the state would be

marihuana pour la personne qui conduit un véhicule à moteur, pilote un avion ou fait fonctionner un appareil complexe et des répercussions de l'usage de cette substance sur les systèmes de soins de santé et d'aide sociale, questions sur lesquelles je vais revenir plus loin, les effets néfastes de la consommation de marihuana présentent exclusivement des risques pour la santé de l'utilisateur, risques qui vont de quasi inexistantes pour les personnes qui n'en font qu'une consommation faible, occasionnelle ou modérée à relativement élevés pour les consommateurs chroniques. Comme je l'ai dit précédemment, j'estime que le préjudice qu'une personne se cause à elle-même ne satisfait pas à l'exigence constitutionnelle selon laquelle, dans tous les cas où l'État a recours à l'emprisonnement, l'existence d'un préjudice minimal à autrui est un des éléments essentiels de l'infraction. L'interdiction d'un comportement qui ne cause préjudice qu'à son auteur, peu importe la gravité de ce préjudice, n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale et, si celui qui y contrevient est passible d'emprisonnement, la violation de l'art. 7 de la *Charte* est établie.

Il est important, à ce stade-ci, d'examiner une question précise qu'ont soulevée mes collègues. Bien que ces derniers concluent que la mesure législative contestée a pour objet de protéger la santé et la sécurité du public en général (voir les motifs de la majorité, par. 65), mes collègues insistent beaucoup sur le fait qu'elle vise aussi à protéger des groupes vulnérables contre les préjudices qu'ils peuvent s'infliger à eux-mêmes (voir les par. 76, 77, 100, 108, 123-126 et 132). De façon plus particulière, ils rappellent que l'État a intérêt à prendre des mesures pour protéger les groupes vulnérables, invoquant à cet effet les arrêts *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 70, et *B. (R.)*, précité, par. 88. Se référant aux arrêts *Rodriguez*, précité, p. 595; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 74-75; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *Sharpe*, précité; et *Builer*, précité, ils affirment également que le législateur exerce valablement sa compétence sur le droit criminel lorsqu'il légifère pour protéger des groupes vulnérables. Bien que les arrêts invoqués par mes collègues montrent clairement que l'État a intérêt à protéger les groupes vulnérables contre

justified in threatening with imprisonment adolescents with a history of poor school performance, women of childbearing age and persons with pre-existing diseases such as cardiovascular diseases, respiratory diseases, schizophrenia and other drug dependencies, who are at particular risk of harming themselves by using marihuana. I do not think that an exception to the harm principle is justified to allow the state to threaten with imprisonment vulnerable people in order to prevent them from harming themselves. To this effect, I note Abella J.A.'s sound reasoning (with which the other members of the panel agreed, albeit on narrower grounds), in *R. v. M. (C.)* (1995), 30 C.R.R. (2d) 112 (Ont. C.A.), at pp. 121-23. In that case, the issue was the constitutionality of criminalizing anal intercourse between non-married persons under 18 years of age, regardless of consent:

The issue then comes down to this: is sending young persons to jail a reasonable way for the state to protect them from any risks associated with consensual anal intercourse?

If the prevention of harm by discouraging the risk is the objective, it is difficult to imagine a more intrusive way to protect an individual from harm than criminal prosecution. . . . The risk associated with unprotected sexual conduct is a health risk. It strikes me as decidedly inappropriate to deal with minimizing health risks at any age by using the punitive force of the *Criminal Code*, but especially so for young people.

There is no evidence that threatening to send an adolescent to jail will protect him (or her) from the risks of anal intercourse. I can see no rational connection between protecting someone from the potential harm of exercising

les personnes qui pourraient causer préjudice à ces groupes, ces décisions sont loin de suggérer qu'on envoie les personnes vulnérables en prison pour assurer leur propre protection. La proposition de mes collègues sous-entend que l'État serait justifié de menacer d'emprisonnement les adolescents ayant des résultats scolaires médiocres, les femmes en âge de procréer et les personnes souffrant de maladies préexistantes — par exemple des troubles cardiovasculaires, des problèmes respiratoires, la schizophrénie et d'autres toxicomanies —, autant de personnes qui risquent plus particulièrement de se faire du tort en consommant de la marihuana. Je ne pense pas qu'il soit justifié de déroger au principe du préjudice et de permettre à l'État de menacer d'emprisonnement des personnes vulnérables afin de les empêcher de se causer préjudice à elles-mêmes. À cet égard, je tiens à signaler le solide raisonnement énoncé par la juge Abella de la Cour d'appel de l'Ontario (auquel ont souscrit les autres juges qui ont entendu l'affaire, quoique pour des motifs plus restreints) dans l'arrêt *R. c. M. (C.)* (1995), 30 C.R.R. (2d) 112, p. 121-123. Dans cette affaire, la Cour d'appel devait se prononcer sur la constitutionnalité de la criminalisation des relations anales entre personnes non mariées âgées de moins de 18 ans, indépendamment de la question du consentement :

[TRADUCTION] La question qui se pose est donc la suivante : Est-il raisonnable pour l'État d'envoyer des jeunes en prison pour les protéger contre les risques liés aux relations anales consensuelles?

Si l'objectif poursuivi est de prévenir le préjudice en dissuadant les intéressés de s'exposer aux risques, il est difficile d'imaginer méthode plus envahissante que les poursuites criminelles pour protéger un individu contre un préjudice. [ . . . ] Le risque lié aux relations sexuelles non protégées est un risque pour la santé. Il me semble carrément inapproprié d'essayer de réduire les risques pour la santé, quel que soit l'âge en ayant recours aux mesures coercitives du *Code criminel*, particulièrement dans le cas de personnes aussi jeunes.

Il n'existe aucune preuve que la menace d'emprisonnement protège les adolescents ou les adolescentes contre les risques découlant des relations sexuelles anales. Il n'y a selon moi aucun rapport logique entre le fait de

sexual preferences and imprisoning that individual for exercising them. There is no proportionality between the articulated health objectives and the Draconian criminal means chosen to achieve them.

While these comments were made in the analysis of the proportionality test under s. 1, they reflect my view that sending vulnerable people to jail to protect them from self-inflicted harm does not respect the harm principle as a principle of fundamental justice. Similarly, the fact that some vulnerable people may harm themselves by using marihuana is not a sufficient justification to send other members of the population to jail for engaging in that activity. In other words, the state cannot prevent the general population, under threat of imprisonment, from engaging in conduct that is harmless to them, on the basis that other, more vulnerable persons may harm themselves if they engage in it, particularly if one accepts that imprisonment would be inappropriate for the targeted vulnerable groups. I agree with Packer that to justify imprisonment of both vulnerable persons and other members of the population on that basis would create a society in which “all are safe but none is free” (Packer, *supra*, at p. 65).

My colleagues Gonthier and Binnie JJ. have argued that imprisonment for simple possession is not a serious threat upon conviction for possession of marihuana by members of vulnerable groups, since it is only in the presence of “aggravating circumstances” that imprisonment will be a fit sentence. This assertion does not strengthen their position. In fact, it highlights the main difficulty. Imprisonment is an available punishment for simple possession. As demonstrated by the cases cited by my colleagues (at para. 156), imprisonment has been and continues to be employed by Canadian courts in sentencing those convicted of possession *simpliciter*. By definition, the vulnerable groups are the ones whose members are most likely to suffer harm from the use

protéger une personne contre les conséquences potentiellement dangereuses de l'exercice de ses préférences sexuelles et l'emprisonnement de cette personne parce qu'elle les a exercées. Il n'y a pas de commune mesure entre les objectifs en matière de santé clairement exprimés et les dispositions pénales draconiennes choisies pour les réaliser.

Bien que ces commentaires aient été faits à l'étape de la proportionnalité de l'analyse fondée sur l'article premier, ils reflètent mon opinion selon laquelle le fait d'envoyer des personnes vulnérables en prison pour les protéger contre elles-mêmes ne respecte pas le principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale. De même, le fait que certaines personnes vulnérables puissent se faire du tort en consommant de la marihuana n'est pas une raison suffisante pour emprisonner d'autres personnes se livrant à cette activité. En d'autres mots, l'État ne peut pas, en les menaçant d'emprisonnement, empêcher les justiciables en général d'adopter un comportement qui ne leur est pas préjudiciable, pour le motif que d'autres personnes plus vulnérables pourraient se causer préjudice à elles-mêmes si elles adoptaient ce comportement, particulièrement si on reconnaît que l'emprisonnement ne serait pas une mesure appropriée pour les groupes vulnérables visés. À l'instar de Packer, j'estime qu'invoquer ce motif pour justifier l'emprisonnement des personnes vulnérables et d'autres membres de la société aurait pour effet de créer une société dans laquelle [TRADUCTION] « tous sont à l'abri du danger mais nul n'est libre » (Packer, *op. cit.*, p. 65).

Mes collègues les juges Gonthier et Binnie ont avancé que les membres de groupes vulnérables déclarés coupables de possession de marihuana ne risquent pas sérieusement l'emprisonnement, puisque ce n'est qu'en présence de « circonstances aggravantes » que l'emprisonnement constitue une peine appropriée. Cette affirmation n'étaye pas leur position, mais fait plutôt ressortir la principale difficulté que soulève la situation. L'emprisonnement est une peine qui peut être infligée à l'égard de la simple possession. Comme l'illustrent les affaires mentionnées par mes collègues (au par. 156), des tribunaux canadiens ont, dans le passé, condamné à l'emprisonnement des personnes déclarées coupables de simple possession et cette peine continue

of marihuana. However, by the reasoning of my colleagues, it is those offenders who are not members of vulnerable groups, i.e., those that do not risk anything more than negligible harm to self and others, who will face the threat of imprisonment due to the “presence of aggravating circumstances” (para. 155).

260

The argument of the majority that the availability of imprisonment as a fit sentence in this case is more appropriately approached under s. 12 than under s. 7 is unconvincing. Section 12 of the *Charter* protects against “cruel and unusual treatment or punishment”. Although imprisonment is undoubtedly very serious, it is not inherently “cruel and unusual”. Section 7 provides the proper scope for considering whether the availability of imprisonment for an offence and the consequent engagement of the liberty interest in s. 7 are in accordance with the principles of fundamental justice. This accords with Lamer J.’s observations in *Motor Vehicle Reference*, *supra*, at p. 515:

A law enacting an absolute liability offence will violate s. 7 of the *Charter* only if and to the extent that it has the potential of depriving of life, liberty, or security of the person.

Obviously, imprisonment . . . deprives persons of their liberty. An offence has that potential as of the moment it is open to the judge to impose imprisonment. There is no need that imprisonment, as in s. 94(2), be made mandatory. [Emphasis added.]

It is inappropriate to restrict the consideration of the constitutionality of a person’s liberty interest to s. 12. Such a stance is counter to the notion that ss. 8 to 14 of the *Charter* are specific illustrations of the principles of fundamental justice in s. 7, as explained by Lamer J. in *Motor Vehicle Reference*,

d’être infligée. Par définition, les groupes vulnérables sont constitués de personnes susceptibles de subir des préjudices découlant de la consommation de marihuana. Toutefois, si on applique le raisonnement de mes collègues, c’est sur les délinquants qui ne font pas partie de groupes vulnérables — c’est-à-dire les personnes qui créent tout au plus un risque négligeable de préjudice pour eux-mêmes et pour autrui — que pèsera la menace d’emprisonnement à cause de la « présence de circonstances aggravantes » (par. 155).

L’argument de la majorité selon lequel il est préférable d’examiner au regard de l’art. 12 plutôt que de l’art. 7 la question de savoir si, en l’espèce, la seule possibilité d’emprisonnement constitue une peine appropriée n’est pas convaincant. L’article 12 de la *Charte* accorde à chacun la protection contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ». Bien que l’emprisonnement soit indubitablement une mesure très sérieuse, une telle peine n’est pas intrinsèquement « cruelle et inusitée ». L’article 7 établit le cadre approprié pour l’examen de la question de savoir si la décision du législateur de prévoir la possibilité d’emprisonnement à l’égard d’une infraction — et l’atteinte au droit à la liberté en découlant — est conforme aux principes de justice fondamentale. Ces remarques sont compatibles avec les observations suivantes du juge Lamer dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 515 :

Une loi qui définit une infraction de responsabilité absolue ne violera l’art. 7 de la *Charte* que si et dans la mesure où elle peut avoir comme conséquence de porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne.

Manifestement, l’emprisonnement [. . .] prive les personnes de leur liberté. Une infraction peut avoir cet effet dès que le juge peut imposer l’emprisonnement. Il n’est pas nécessaire que l’emprisonnement soit obligatoire comme c’est le cas au par. 94(2). [Je souligne.]

Il ne convient pas de se limiter à l’art. 12 dans l’examen d’une atteinte au droit à la liberté d’une personne. Une telle position va à l’encontre de l’idée que les art. 8 à 14 de la *Charte* sont des exemples précis de principes de justice fondamentale visés à l’art. 7, comme l’a expliqué le juge Lamer dans le

*supra*, at p. 502. Where, as here, a principle of fundamental justice that is not specifically named in ss. 8 to 12 — the harm principle — is invoked, the analysis is appropriately conducted pursuant to s. 7.

With respect to the harm to others or to society as a whole occasioned by marihuana use, Howard Prov. Ct. J. (McCart J. came to the same conclusion) identified (i) the risk that persons intoxicated from marihuana may be less adept at driving, flying, or doing other activities involving complex machinery, and (ii) the “cost to society, both to the health care and welfare systems” (para. 126). Regarding the former, she acknowledges that “[a]t current rates of use, accidents caused by users under the influence of marihuana cannot be said to be significant” (para. 122). Regarding the latter, she acknowledged, at para. 52, that “[t]he evidence establishes that any health care concerns (including financial concerns) associated with marihuana use in this country are minor compared to the social, criminal and financial costs associated with the use of alcohol or tobacc[o]”, but considered that “[t]here is a risk that, with legalization, user rates will increase and so will these costs” (para. 126). Hence, describing the two risks of harm to others (from driving and from the burden on the health and welfare systems), Howard Prov. Ct. J. said that at current rates of use, the first risk “cannot be said to be significant”, and that the second is “minor”.

With respect, I can see no difference for the purpose of determining the level of harm to others caused by marihuana use between the terms “insignificant” and “trivial”, used by Braidwood J.A. in *Caine* and Rosenberg J.A. in *Clay* to describe

*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 502. Dans les cas où, comme en l’espèce, on invoque un principe de justice fondamentale non mentionné expressément aux art. 8 à 12 — en l’occurrence le principe du préjudice — il faut procéder à l’analyse fondée sur l’art. 7.

Pour ce qui est du préjudice que la consommation de marihuana cause à d’autres personnes ou à l’ensemble de la société, la juge Howard (le juge McCart est arrivé à la même conclusion) a dégagé les éléments suivants : (i) le risque que les personnes ayant consommé de la marihuana soient moins aptes à conduire un véhicule à moteur, à piloter un avion ou à exercer d’autres activités exigeant de faire fonctionner des appareils complexes, (ii) [TRADUCTION] « des coûts pour la société, tant pour le système de soins de santé que pour le régime d’aide sociale » (par. 126). En ce qui concerne le premier élément, la juge a reconnu que « [e]u égard aux niveaux actuels de consommation, on ne saurait affirmer que le nombre d’accidents causés par des personnes sous l’effet de la marihuana est important » (par. 122). Pour ce qui est du deuxième élément, elle a reconnu que « [l]a preuve montre que les inquiétudes relatives aux soins de santé (y compris les inquiétudes financières) que suscite l’usage de la marihuana dans notre pays sont mineures par rapport aux coûts d’ordre social, criminel et financier liés à la consommation d’alcool et de tabac » (par. 52), mais elle a considéré que « [l]a légalisation risque d’entraîner une augmentation du nombre d’usagers et, en conséquence, de ces coûts » (par. 126). Par conséquent, décrivant les deux risques de préjudice à autrui (celui découlant de la conduite automobile et celui découlant du fardeau créé pour les systèmes de soins de santé et d’aide sociale), la juge Howard a dit, eu égard aux niveaux actuels de consommation, que, d’une part, « on ne saurait affirmer » que le premier risque « est important » et, d’autre part, que le second est « mineu[r] ».

En toute déférence, je ne vois aucune différence, aux fins de détermination de l’étendue du préjudice à autrui causé par la consommation de marihuana, entre les mots « *insignificant* » (insignifiant) et « *trivial* » (négligeable), utilisés

the threshold level of harm, and the expressions “cannot be said to be significant” and “negligible”, used by Howard Prov. Ct. J. to quantify the level of harm to society. Both Braidwood J.A. and Rosenberg J.A. concluded that the findings of fact of the trial judges show that marihuana indeed poses a risk of harm to others and society that is not insignificant nor trivial (paras. 141-43 in *Caine*; para. 34 in *Clay*). However, Braidwood J.A. came to this conclusion after he quoted in whole the passage from Howard Prov. Ct. J.’s reasons which summarizes all the possible harms associated with marihuana use, including health risks to the user. Rosenberg J.A. apparently did the same since he referred to the findings of McCart J. as a whole and concluded that this showed that “there is some harm associated with marijuana use” (para. 34). Braidwood J.A. and Rosenberg J.A. apparently failed to distinguish between harm caused only to self from harm which puts others or society as a whole at risk. Having made this essential distinction, I conclude that the evidence does not support a conclusion that marihuana use causes a reasoned risk of harm to others or to society that is not insignificant or trivial, to use Braidwood J.A.’s own terms.

par le juge Braidwood dans *Caine* et par le juge Rosenberg dans *Clay* pour décrire le préjudice, et les mots « *cannot be said to be significant* » (on ne saurait affirmer que le nombre [. . .] est important) et « *negligible* » (négligeable) utilisés par la juge Howard de la Cour provinciale pour quantifier le préjudice causé à la société. Les juges Braidwood et Rosenberg ont tous deux considéré que les conclusions de fait des juges de première instance montrent que la marihuana présente effectivement, tant pour d’autres personnes que pour la société, un risque de préjudice qui n’est ni négligeable ni insignifiant (par. 141-143 dans *Caine*; par. 34 dans *Clay*). Cependant, le juge Braidwood a tiré cette conclusion après avoir cité intégralement le passage des motifs de la juge Howard dans lequel elle résume tous les effets néfastes possibles liés à l’usage de la marihuana, y compris les risques pour la santé de l’usager. Le juge Rosenberg de la Cour d’appel a apparemment fait la même chose, puisqu’il a repris intégralement les constatations du juge McCart et conclu qu’elles indiquaient l’existence de [TRADUCTION] « certains effets préjudiciables liés à l’usage de la marihuana » (par. 34). Les juges Braidwood et Rosenberg n’ont visiblement pas fait de distinction entre le préjudice causé à soi-même uniquement et celui créant un risque pour d’autres personnes ou pour l’ensemble de la société. Comme je fais cette distinction essentielle, j’estime que la preuve ne permet pas de conclure que l’usage de la marihuana crée, pour d’autres personnes ou pour la société en général, un risque véritable de préjudice qui n’est ni insignifiant ni négligeable, pour reprendre les termes utilisés par le juge Braidwood.

263

In any event, in my view, the two spheres of risks to others or society as a whole identified by the trial judges are not sufficient to justify recourse to the most severe penalty imposed by law, a sentence generally viewed as a last resort (see *Motor Vehicle Reference*, *supra*, at p. 532, *per* Wilson J.). The two risks do not show that marihuana use causes more than little or no harm to others or to society. First, while the risk that persons experiencing the acute effects of the drug may be less adept at driving, flying and engaging in other activities involving complex machinery is indeed

Quoi qu’il en soit, je suis d’avis que les deux risques pour autrui ou pour la société en général dont l’existence a été constatée par les juges de première instance ne suffisent pas pour justifier l’application de la peine la plus sévère prévue par la loi, sanction qui est généralement considérée comme une solution de dernier recours (voir le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 532, la juge Wilson). Ces deux risques ne démontrent pas que la consommation de marihuana cause plus qu’un faible préjudice à autrui ou à la société. Tout d’abord, bien que le risque que des personnes ressentant les effets



a valid concern, the act of driving while under the influence of alcohol or drugs is an activity separate from mere possession and use. Such dangerous driving is already dealt with in the *Criminal Code*, and rightly so, because it is this act which risks victimizing identifiable others as well as society as a whole. In my view, the state cannot rely on this separate offence to justify the prohibition of possession of marihuana *simpliciter*. This is indeed the approach Parliament has adopted regarding alcohol. I note that in *Caine*, *supra*, Howard Prov. Ct. J. stated explicitly that “[a]part from the above problem [operation of vehicles or other machinery while intoxicated], there is no evidence to suggest that harm of any kind will befall individual members of society as a result of any actions by individual marihuana users” (para. 50).

The second negative effect on society as a whole found by the trial judge, i.e., general harm to the health care and welfare systems, is simply too remote and minor to justify the threat of imprisonment for simple possession of marihuana. Much seemingly innocent conduct may have deleterious consequences. In fact, it is not easy to identify conduct which can be said confidently to be without risk of injury in the long run (see, *inter alia*, A. von Hirsch, “Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harms and Fair Imputation”, in A. P. Simester and A. T. H. Smith, eds., *Harm and Culpability* (1996), 259, at p. 260; Harcourt, *supra*). Canadians have a universal health care system to deal with injuries and illnesses, irrespective of fault. Arguments solely based on vague general costs to the health care system cannot justify imprisonment for any kind of risky undertaking. There is hardly a net benefit to society in imprisoning, on the basis of the costs they impose on the health care and welfare systems, those very persons who may need access to and support from such systems. Canadians do not expect to go to jail whenever they embark on some adventure

aigus de la drogue puissent être moins aptes à conduire un véhicule à moteur, à piloter un avion ou à exercer d’autres activités exigeant de faire fonctionner un appareil complexe soit effectivement une préoccupation valide, le fait de conduire sous l’effet de l’alcool ou de drogues constitue toutefois une activité distincte du simple fait de posséder et consommer une telle substance. La conduite dangereuse fait déjà l’objet de dispositions dans le *Code criminel*, à juste titre d’ailleurs, parce que c’est cet acte qui risque de causer préjudice à d’autres personnes identifiables ainsi qu’à l’ensemble de la société. À mon avis, l’État ne peut pas invoquer cette infraction distincte pour justifier l’interdiction visant le simple fait d’être en possession de marihuana. C’est effectivement l’attitude qu’a adoptée le Parlement à l’égard de l’alcool. Je signale que, dans l’affaire *Caine*, précitée, la juge Howard a expressément dit que, [TRADUCTION] « exception faite du problème susmentionné [conduite, en état d’intoxication, de véhicules à moteur ou d’autres appareils], il n’y a aucune preuve que des actes accomplis par des consommateurs de marihuana causeront préjudice à certains membres de la société » (par. 50).

Le deuxième effet préjudiciable à l’ensemble de la société dont le juge de première instance a constaté l’existence, c’est-à-dire le préjudice général aux systèmes de soins de santé et d’aide sociale, est tout simplement trop éloigné et trop mineur pour justifier de punir par l’emprisonnement la simple possession de marihuana. Plusieurs comportements en apparence inoffensifs peuvent avoir des conséquences néfastes. En fait, il n’est pas facile de trouver un comportement au sujet duquel on peut affirmer, sans craindre de se tromper, qu’il ne présente aucun risque de préjudice à long terme (voir, notamment, A. von Hirsch, « Extending the Harm Principle : ‘Remote’ », Harms and Fair Imputation », dans A. P. Simester et A. T. H. Smith, dir., *Harm and Culpability* (1996), 259, p. 260; Harcourt, *loc. cit.*). Les Canadiens ont un régime universel de soins de santé applicable aux blessures et maladies, indépendamment de toute faute contributive. On ne saurait invoquer uniquement de vagues coûts généraux pour le système de soins de santé dans le but de justifier l’infliction de l’emprisonnement pour tous les comportements à risque. Il est difficile d’affirmer

which involves a possibility of injury to themselves. I see no reason to single out those who may jeopardize their health by smoking marihuana.

265

In the cases before us, the societal interests in prohibiting marihuana possession must take into account, on the one hand, the burden that marihuana use imposes on the health care and welfare systems, and, on the other, the costs incurred by society because of the prohibition. Howard Prov. Ct. J. noted that at current rates of use, the costs imposed upon the health care and welfare systems by marihuana are negligible compared to the costs associated with alcohol and drugs. As I mentioned earlier, society's tolerance for the harmful effects that the conduct may entail must be assessed, where possible, by reference to its tolerance for comparable conduct. I will thus simply take note of the trial judges' findings that the burden that marihuana use imposes on society is "negligible" or "very, very small" compared to the costs imposed by comparable conduct that society tolerates (i.e., alcohol and tobacco use).

266

If there remained any doubt as to whether the harms associated with marihuana use justified the state in using imprisonment as a sanction against its possession, this doubt disappears when the harms caused by the prohibition are put in the balance. The record shows and the trial judges found that the prohibition of simple possession of marihuana attempts to prevent a low quantum of harm to society at a very high cost. A "negligible" burden on the health care and welfare systems, coupled with the many significant negative effects of the prohibition, cannot be said to amount to more than little or

que la société tirerait un avantage net du fait d'emprisonner certaines personnes qui peuvent avoir besoin de services de santé ou de services sociaux en raison des coûts qu'elles entraînent pour ces services. Les Canadiens ne s'attendent pas à aboutir en prison chaque fois qu'ils adoptent un comportement susceptible de leur être préjudiciable. Je ne vois aucune raison de réserver un traitement particulier aux personnes qui peuvent mettre leur santé en péril en fumant de la marihuana.

Dans les présents pourvois, l'intérêt qu'a la société à interdire la possession de marihuana doit tenir compte, d'une part, du fardeau que constitue la consommation de cette substance pour les systèmes de soins de santé et d'aide sociale et, d'autre part, des coûts de l'interdiction pour la société. La juge Howard a souligné que, compte tenu des niveaux actuels de consommation, les coûts qu'entraîne la consommation de marihuana pour les systèmes de soins de santé et d'aide sociale sont négligeables si on les compare à ceux liés à l'alcool et à d'autres drogues. Comme je l'ai indiqué précédemment, la tolérance de la société à l'égard des effets préjudiciables que le comportement peut entraîner doit si possible être appréciée par comparaison avec la tolérance de la société à l'égard d'un comportement analogue. Je vais donc simplement prendre acte de la conclusion des juges de première instance selon laquelle le fardeau qu'impose la consommation de marihuana à la société est [TRADUCTION] « négligeable » ou « très, très faible » si on le compare aux coûts liés à des comportements analogues que la société tolère (c'est-à-dire la consommation d'alcool et le tabagisme).

S'il subsiste encore des doutes quant à la question de savoir si les préjudices liés à la consommation de marihuana justifiaient le recours par l'État à l'emprisonnement comme sanction applicable en cas de possession de cette substance, ils disparaissent lorsque l'on jette dans la balance les effets préjudiciables de l'interdiction. Il ressort du dossier et des constatations des juges de première instance que l'interdiction de la simple possession de marihuana vise à empêcher un faible préjudice pour la société, mais qu'elle le fait à un coût très élevé. Il est tout simplement impossible d'affirmer

no reasoned risk of harm to society. I thus conclude that s. 3(1) and (2) of the *Narcotic Control Act*, as it prohibits the possession of marihuana for personal use under threat of imprisonment, violates the right of the appellants to liberty in a manner that is not in accordance with the harm principle, a principle of fundamental justice, contrary to s. 7 of the *Charter*.

#### (4) Possession for the Purpose of Trafficking

Before moving to the issue of whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*, I will briefly address the issues raised by the appellant Malmo-Levine. Malmo-Levine argues that the prohibition of possession for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act* infringes ss. 7 and 15 of the *Charter*. My colleagues Gonthier and Binnie JJ. have discussed Malmo-Levine's argument under s. 15, and have concluded that s. 4(2) of the *Narcotic Control Act* does not discriminate against the appellant since the decision to possess and traffic in marihuana is not an immutable personal characteristic, and treating persons who choose to do so in a differential manner in no way infringes human dignity or reinforces prejudicial stereotypes or historical disadvantage. I agree entirely with this conclusion.

Considering their conclusion that the prohibition of simple possession of marihuana does not violate s. 7 of the *Charter*, my colleagues Gonthier and Binnie JJ. did not address the issue raised by Malmo-Levine with regard to s. 7 and, for the same reason, neither did the courts below. In fact, Malmo-Levine's challenge at the British Columbia Court of Appeal was restricted to the part of his charge relating to possession (para. 8 of Braidwood J.A.'s reasons). Moreover, the findings of fact of the trial judges in *Clay* and *Caine* concern the harm

qu'un fardeau « négligeable » pour les systèmes de soins de santé et d'aide sociale, conjugué aux nombreux effets négatifs importants de l'interdiction, crée davantage qu'un faible risque véritable de préjudice pour la société. En conséquence, j'estime que les par. 3(1) et (2) de la *Loi sur les stupéfiants*, dans la mesure où ils interdisaient la possession de marihuana aux fins de consommation personnelle sous peine d'emprisonnement, portaient atteinte, en contravention de l'art. 7 de la *Charte*, au droit à la liberté des appelants d'une manière qui n'est pas conforme au principe du préjudice, un principe de justice fondamentale.

#### (4) Possession aux fins de trafic

Avant de se demander si l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, je vais me pencher brièvement sur les divers points soulevés par l'appellant Malmo-Levine. Ce dernier prétend que l'interdiction visant la possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient aux art. 7 et 15 de la *Charte*. Mes collègues les juges Gonthier et Binnie ont examiné cet argument présenté par M. Malmo-Levine sur le fondement de l'art. 15 et ils ont conclu que le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants* n'est pas discriminatoire à l'égard de l'appellant, étant donné que la décision d'avoir de la marihuana en sa possession et d'en faire le trafic n'est pas une caractéristique personnelle immuable, et que le fait de traiter différemment les personnes qui choisissent d'agir ainsi ne porte d'aucune façon atteinte à la dignité humaine ni ne renforce des stéréotypes préjudiciables ou des désavantages historiques. Je suis entièrement d'accord avec cette conclusion.

Ayant conclu que l'interdiction visant la simple possession de marihuana ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*, mes collègues les juges Gonthier et Binnie n'ont pas examiné la question soulevée par M. Malmo-Levine au sujet de l'art. 7, et les juridictions inférieures ne l'ont pas fait non plus, pour le même motif. En fait, devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, M. Malmo-Levine a uniquement contesté le chef d'accusation de possession (le juge Braidwood, par. 8). De plus, les conclusions de fait des juges de première instance dans les affaires

related to marihuana use, but there is nothing in the factual record concerning the harm associated specifically with the act of trafficking. Most if not all of the arguments before this Court have focussed on possession for personal use. On this record, it is virtually impossible to determine whether possession of marihuana for the purpose of trafficking causes more than little or no harm to others. I am aware that the health risks associated with marihuana use could be used to demonstrate that the trafficker, involving third parties, puts their health at risk and thus risks causing more than little or no harm to others than himself or herself. However, this obvious argument cannot be properly addressed without consideration of many factors which were not argued by the parties, such as, for instance, the issue of consent (see, e.g., P. Alldridge, "Dealing with Drug Dealing", in *Harm and Culpability*, *supra*, at p. 239). A conclusion on this issue raised by the appellant Malmolevne would be based on pure speculation. On this record, I cannot conclude that the appellant has met his burden and therefore his constitutional challenge fails.

(5) Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?

269

This Court has explained, in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, the relation between ss. 7 and 1. McLachlin and Iacobucci JJ., writing for the majority, held as follows, at paras. 65-67:

It is also important to distinguish between balancing the principles of fundamental justice under s. 7 and balancing interests under s. 1 of the *Charter*. The s. 1 jurisprudence that has developed in this Court is in many respects quite similar to the balancing process mandated by s. 7. . . .

However, there are several important differences between the balancing exercises under ss. 1 and 7. The most important difference is that the issue under s. 7 is the delineation of the boundaries of the rights in question whereas under s. 1 the question is whether the viola-

*Clay et Caine* concernent le préjudice lié à la consommation de marihuana, mais rien dans le dossier factuel ne porte sur le préjudice découlant du trafic de marihuana. La plupart des arguments qui ont été soumis à la Cour portent essentiellement sur la possession aux fins de consommation personnelle. À la lumière du dossier, il est virtuellement impossible de déterminer si la possession de marihuana en vue d'en faire le trafic cause davantage qu'un faible préjudice à autrui. Je suis consciente que les risques pour la santé qui résultent de la consommation de marihuana pourraient servir à démontrer que le trafiquant, dont les activités touchent des tiers, met la santé de ces personnes en danger et risque de causer davantage qu'un faible préjudice à d'autres personnes qu'à lui-même. Toutefois, cet argument évident ne peut pas être examiné adéquatement sans considérer d'autres facteurs qui n'ont pas été débattus par les parties, notamment la question du consentement (voir, par exemple, P. Alldridge, « Dealing with Drug Dealing », dans *Harm and Culpability*, *op. cit.*, p. 239). Toute conclusion sur cette question soulevée par l'appellant Malmolevne ne serait que pure conjecture. À la lumière du dossier, je ne puis conclure que l'appellant s'est acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait et, par conséquent, sa contestation constitutionnelle est rejetée.

(5) L'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?

Dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, la Cour a expliqué le lien qui existe entre l'art. 7 et l'article premier. S'exprimant au nom des juges majoritaires, les juges McLachlin et Iacobucci ont tiré les conclusions suivantes, aux par. 65-67 :

Il est également important d'établir une distinction entre l'évaluation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 et l'évaluation d'intérêts fondée sur l'article premier de la *Charte*. La jurisprudence de notre Cour relative à l'article premier est, à maints égards, fort semblable au processus d'évaluation prescrit par l'art. 7. . . .

Il y a cependant plusieurs différences importantes entre l'évaluation fondée sur l'article premier et celle qui est fondée sur l'art. 7. La différence la plus importante réside dans le fait que la question qui se pose en vertu de l'art. 7 est celle de la délimitation des droits en question

tion of these boundaries may be justified. The different role played by ss. 1 and 7 also has important implications regarding which party bears the burden of proof. If interests are balanced under s. 7 then it is the rights claimant who bears the burden of proving that the balance struck by the impugned legislation violates s. 7. If interests are balanced under s. 1 then it is the state that bears the burden of justifying the infringement of the *Charter* rights.

Because of these differences, the nature of the issues and interests to be balanced is not the same under the two sections. As Lamer J. (as he then was) stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503: “the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system”. In contrast, s. 1 is concerned with the values underlying a free and democratic society, which are broader in nature. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated, at p. 136, that these values and principles “embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society”. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 737, Dickson C.J. described such values and principles as “numerous, covering the guarantees enumerated in the *Charter* and more”. [Emphasis added.]

In the cases before this Court, certain factors would be better evaluated in the analysis under s. 1, where the Crown will bear the burden of proving them, rather than under s. 7. As Rosenberg J.A. held in *Parker*, *supra*, the companion case of *Clay* at the Court of Appeal for Ontario, at para. 119:

Thus, the difference between the s. 1 and the s. 7 analysis is important not only because of the different interests to be considered but also because of the shift in the burden of proof. For example, the Crown argued that in considering whether the law struck the right balance between the accused’s interests and the interests of the state under s. 7, the court should consider Canada’s international treaty obligations. It may be, however, that such interests are more properly a matter for consideration under s. 1, in which case the Crown would bear the onus

tandis que la question qui se pose en vertu de l’article premier est de savoir si le non-respect de ces limites peut être justifié. Le rôle différent que jouent l’article premier et l’art. 7 a également des répercussions importantes sur l’identité de la partie à qui incombe le fardeau de la preuve. Si les intérêts sont évalués en vertu de l’art. 7, c’est la personne qui revendique des droits qui a le fardeau de prouver que l’équilibre établi par la mesure législative contestée viole l’art. 7. Si les intérêts sont évalués en vertu de l’article premier, il incombe alors à l’État de justifier l’atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

À cause de ces différences, la nature des questions et des intérêts qui doivent être évalués n’est pas la même pour les deux articles. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l’a dit dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique ». Par contre, l’article premier touche les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique, qui sont plus larges par nature. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson a affirmé, à la p. 136, que ces valeurs et ces principes « comprennent ( . . . ) le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société ». Dans l’arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 737, le juge en chef Dickson a décrit ces valeurs et principes comme étant « nombreux, englobant les garanties énumérées dans la *Charte* et plus encore ». [Je souligne.]

Dans les présents pourvois, il est préférable d’évaluer certains facteurs dans l’analyse fondée sur l’article premier — étape à laquelle il incombe au ministère public d’en faire la preuve — plutôt que dans l’analyse fondée sur l’art. 7. Comme l’a dit le juge Rosenberg dans l’arrêt *Parker*, précité (dossier connexe de l’affaire *Clay* devant la Cour d’appel de l’Ontario, au par. 119) :

[TRADUCTION] En conséquence, la différence entre l’analyse fondée sur l’article premier et celle fondée sur l’art. 7 est importante non seulement en raison des intérêts distincts dont il faut tenir compte, mais aussi à cause de l’inversion du fardeau de la preuve. Par exemple, le ministère public a soutenu que, le tribunal appelé à décider si la mesure législative a établi l’équilibre requis par l’art. 7 entre les droits de l’accusé et ceux de l’État doit prendre en compte les obligations découlant de traités internationaux auxquels le Canada est partie. Il se peut

of demonstrating that the violation of s. 7 was necessary to uphold Canada's treaty obligations. See *R. v. Malmo-Levine*, 2000 BCCA 335, at para. 151, 145 C.C.C. (3d) 225.

Some balancing of societal interests has been done here under s. 7 in ascertaining the existence and the content of the harm principle as a principle of fundamental justice. In many instances, Canada's treaty obligations will be apposite to a s. 7 analysis. Indeed, in some cases an examination of international law will provide indispensable insight into the scope and content to be given to the "principles of fundamental justice" (*Motor Vehicle Reference*, *supra*, at p. 503; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 46; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at paras. 79-81). This is not the case here, however. Given the nature of the harm principle, Canada's treaty obligations are not particularly helpful in demonstrating the existence or application of the principle as a principle of fundamental justice. Treaty obligations and international law generally may, of course, also be considered under s. 1 in the determination of whether a violation of s. 7 can be justified (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 140-41; *Mills*, *supra*, at paras. 65-67).

271 However, while s. 7 violations may be saved by s. 1, this will occur rarely, as was explained by Lamer C.J. in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services)*, *supra*, at para. 99:

Section 7 violations are not easily saved by s. 1. . . .

. . . .

This is so for two reasons. First, the rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are very significant and cannot ordinarily be overridden by

toutefois qu'il soit préférable d'examiner ces droits au regard de l'article premier, auquel cas il incombe au ministère public de démontrer que la violation de l'art. 7 était nécessaire pour permettre au Canada de respecter ses obligations issues de traités. Voir *R. c. Malmo-Levine*, 2000 BCCA 335, par. 151, 145 C.C.C. (3d) 225.

En l'espèce, une certaine mise en balance des intérêts de la société a été faite, au cours de l'analyse fondée sur l'art. 7, pour décider si le principe du préjudice est un principe de justice fondamentale et, si oui, quel est son contenu. Dans bon nombre de cas, les obligations issues de traités du Canada sont pertinentes dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7. D'ailleurs, dans certaines affaires, l'examen du droit international fournit des indications indispensables sur la portée qui doit être reconnue aux « principes de justice fondamentale » (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, précité, p. 503; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 46; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 79-81). Nous ne sommes toutefois pas en présence d'une telle affaire en l'espèce. Vu la nature du principe du préjudice, les obligations issues de traités du Canada ne sont pas particulièrement utiles pour établir l'existence ou l'application du principe de ce préjudice en tant que principe de justice fondamentale. Évidemment, ces obligations ainsi que le droit international en général peuvent néanmoins être également pris en compte dans l'analyse fondée sur l'article premier, pour décider si la violation de l'art. 7 peut être justifiée (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 140-141; *Mills*, précité, par. 65-67).

Toutefois, bien que certaines violations de l'art. 7 puissent être justifiables au regard de l'article premier, cela ne se produit que rarement, comme l'a expliqué le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires)*, précité, par. 99 :

Il n'est pas facile de sauver une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. . . .

. . . .

Deux raisons expliquent ceci. D'abord, les intérêts protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — revêtent une grande importance et

competing social interests. Second, rarely will a violation of the principles of fundamental justice, specifically the right to a fair hearing, be upheld as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

The general approach in international law is that a state may not invoke its internal law as justification for its failure to perform a treaty (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, Art. 27; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at p. 410). However, the treaty obligations Canada has undertaken in the war on drugs are subject to, *inter alia*, Canada's "constitutional limitations" (*Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, Can. T.S. 1964 No. 30, Art. 36) and Canada's "constitutional principles and the basic concepts of its legal system" (*Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Can. T.S. 1990 No. 42, Art. 3(2)). The express subordination of these treaties to the requirements of domestic constitutional law suggests that they would not significantly assist an attempt to justify the s. 7 violation in s. 1.

The respondent has not made any submissions regarding s. 1, and none of the courts below considered the issue. Given that the burden is on the Crown to establish that the infringement was justified under s. 1, I conclude that it has not met this burden.

### III. Conclusion

#### A. *Malmo-Levine*

For the foregoing reasons, in the case of the appellant David Malmo-Levine, I would dismiss the appeal.

The constitutional questions in the *Malmo-Levine* appeal should be answered as follows:

1. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1,

généralement, des exigences sociales concurrentes ne pourront prendre le pas sur eux. Ensuite, le non-respect des principes de justice fondamentale — et, en particulier, du droit à une audience équitable — sera rarement reconnu comme une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En droit international, on considère qu'un État ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution des obligations prévues par un traité (*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 27; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, p. 410). Toutefois, l'exécution par le Canada de ses obligations issues de traités en matière de lutte contre la drogue est subordonnée, entre autres choses, au respect de ses « dispositions constitutionnelles » (*Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, R.T. Can. 1964 n° 30, art. 36) et « de ses principes constitutionnels et des concepts fondamentaux de son système juridique » (*Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, R.T. Can. 1990 n° 42, par. 3(2)). La subordination expresse de ces traités aux exigences du droit constitutionnel interne tend à indiquer que les premiers ne seraient pas très utiles pour tenter de justifier, à l'étape de l'article premier, la violation d'un droit garanti par l'art. 7.

L'intimée n'a pas présenté d'observations au sujet de l'article premier et aucune des juridictions inférieures n'a examiné cette question. Comme il incombait au ministère public d'établir que l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier, j'estime qu'il ne s'est pas acquitté de ce fardeau.

### III. Conclusion

#### A. *Malmo-Levine*

Pour les motifs qui précèdent, dans le cas de l'appelant David Malmo-Levine, je rejetterais le pourvoi.

Je répondrais de la manière suivante aux questions constitutionnelles soulevées dans le pourvoi *Malmo-Levine* :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) en vue d'en faire le trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*,

272

273

274

by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

3. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for the purpose of trafficking under s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 15(1) of the *Charter* by discriminating against a certain group of persons on the basis of their substance orientation, occupation orientation, or both?

Answer: No.

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

#### B. *Caine*

275 In the case of the appellant Victor Eugene Caine, I would allow the appeal and set aside the conviction for simple possession.

276 The constitutional questions in the *Caine* appeal should be answered as follows:

1. Does prohibiting possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and*

L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) en vue d'en faire le trafic que prévoit le par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19), porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* en traitant un certain groupe de personnes de façon discriminatoire sur le fondement de leur orientation sous l'angle de la substance concernée, de leur orientation sous l'angle de leur occupation ou de leur orientation sous ces deux aspects?

Réponse : Non.

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

#### B. *Caine*

Dans le cas de l'appellant Victor Eugene Caine, j'accueillerais le pourvoi et j'annulerais la déclaration de culpabilité pour simple possession.

Je répondrais de la manière suivante aux questions constitutionnelles soulevées dans le pourvoi *Caine* :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de



*Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

3. Is the prohibition on the possession of Cannabis (marihuana) for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?

Answer: Yes.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. (dissenting in *Caine*) — I have had the opportunity of reading the joint reasons of Justices Gonthier and Binnie who would dismiss the appeal, and those of Justice Arbour who would allow it. With respect for the other view, I am in agreement with the disposition suggested by Arbour J. and I would answer the constitutional questions as she proposes. Nevertheless, I am not yet convinced that we should raise the harm principle to the level of a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On this question, I share the skepticism of my colleagues Binnie and Gonthier JJ. I part company with them, however, at the point where they hold that the prohibition of simple possession of marihuana is not an arbitrary or irrational legislative response. On the evidence which is available to us and which was carefully reviewed by Arbour J., the law, as it stands, is indeed an arbitrary response

l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

Réponse : Non.

3. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Cannabis (marihuana) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — relève de la compétence législative du Parlement du Canada en tant que règle de droit édictée soit en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, soit en vertu du pouvoir de légiférer sur le droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit en vertu d'un autre pouvoir?

Réponse : Oui.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident dans *Caine*) — J'ai pris connaissance des motifs conjoints des juges Gonthier et Binnie, qui sont d'avis de rejeter le pourvoi, ainsi que des motifs de la juge Arbour, qui pour sa part l'accueillerait. Avec égards pour l'avis contraire, je souscris au dispositif que propose la juge Arbour de même qu'aux réponses qu'elle donne aux questions constitutionnelles. Néanmoins, je ne suis pas convaincu que nous devrions élever le principe du préjudice au rang des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Sur ce point, je partage le scepticisme de mes collègues les juges Binnie et Gonthier. Je ne peux toutefois me ranger à leur conclusion selon laquelle l'interdiction visant la simple possession de marihuana ne constitue pas une réponse législative arbitraire ou irrationnelle. À la lumière de la preuve dont nous disposons et qu'a soigneusement examinée la juge Arbour, dans

to social problems. The Crown has failed to properly delineate the societal concerns and individual rights at stake, more particularly the liberty interest involved in this appeal.

278 The process of delineation of rights under s. 7 unavoidably involves balancing competing rights and interests (*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 65-66). In this respect, concerns about the harm done to society or some of its members or even to the accused themselves must be weighed together with the consequences which flow from the criminalization of simple possession. A balancing of this nature must occur when it is asserted that the liberty interest of the accused has been infringed in a way that is inconsistent with the tenets of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. Such an analysis is not as narrowly focussed as a review of a punishment under s. 12 of the *Charter* where courts must determine whether a specific penalty should be considered as cruel and unusual because of its grossly disproportionate nature.

279 In the course of a s. 7 analysis, the inquiry of the Court is more subtle, broader, and more difficult. Although the availability of imprisonment triggers the inquiry into the applicability of s. 7, the investigation must move beyond the sole question of the penalty and the courts must take into account all relevant factors viewed as a whole, in order to determine whether a breach of fundamental rights has been made out. It is made out if and when the response to a societal problem may overreach in such a way as to taint the particular legislative response with arbitrariness. (See for example, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 47; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 76; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 621 and 625.)

280 On the evidence which is available in this appeal, such a legislative overreach happened. I do not need to engage in any additional review of this evidence, given that it was carefully reviewed and discussed by my colleagues. I will not even attempt to

sa forme actuelle la loi apporte effectivement une solution arbitraire à certains problèmes sociaux. Le ministère public n'a pas été en mesure de bien définir les préoccupations sociales et les droits individuels qui sont en jeu, plus particulièrement le droit à la liberté que soulève le présent pourvoi.

Pour définir correctement les droits garantis par l'art. 7, il faut immanquablement mettre en balance des droits et intérêts opposés (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 65-66). À cet égard, on doit soupeser les craintes concernant le préjudice causé à la société ou à certains de ses membres, voire à l'accusé lui-même, et les conséquences de la criminalisation de la simple possession de marihuana. Une telle mise en balance s'impose lorsque l'accusé prétend qu'on a porté atteinte à son droit à la liberté d'une manière incompatible avec les préceptes de la justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. Cette analyse n'est pas aussi étroitement circonscrite que l'examen d'une sanction au regard de l'art. 12 de la *Charte*, où le tribunal doit se demander si la peine en question possède un caractère exagérément disproportionné et si elle doit, de ce fait, être tenue pour cruelle et inusitée.

Dans l'analyse fondée sur l'art. 7, l'examen auquel doit se livrer le tribunal est plus subtil, il a une portée plus large, et il est aussi plus ardu. Bien que l'applicabilité de l'art. 7 découle de la possibilité d'emprisonnement, le tribunal ne doit pas limiter son examen à la seule question de la peine, mais il lui faut aussi tenir compte de tous les facteurs pertinents, considérés globalement, pour décider si une atteinte à un droit fondamental a été établie. Il y a atteinte lorsque la mesure législative édictée pour répondre à un problème social peut avoir une portée à ce point excessive qu'elle en devient arbitraire. (Voir, par exemple, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 47; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 76; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 621 et 625.)

À la lumière de la preuve dont nous disposons dans le présent pourvoi, la mesure législative en cause présente une portée excessive. Il n'est pas nécessaire que je procède à un examen supplémentaire de cette preuve, que mes collègues ont déjà

summarize it again. In my mind, it cannot be denied that marihuana can cause problems of varying nature and severity to some people or to groups of them. Nevertheless, the harm its consumption may cause seems rather mild on the evidence we have. In contrast, the harm and the problems connected with the form of criminalization chosen by Parliament seem plain and important. Few people appear to be jailed for simple possession but the law remains on the books. The reluctance to enforce it to the extent of actually jailing people for the offence of simple possession seems consistent with the perception that the law, as it stands, amounts to some sort of legislative overreach to the apprehended problems associated with marihuana consumption. Moreover, besides the availability of jail as a punishment, the enforcement of the law has tarred hundreds of thousands of Canadians with the stigma of a criminal record. They have had to bear the burden of the consequences of such criminal records as Arbour J. points out. The fundamental liberty interest has been infringed by the adoption and implementation of a legislative response which is disproportionate to the societal problems at issue. It is thus arbitrary and in breach of s. 7 of the *Charter*. For these reasons, I agree with Arbour J. that fundamental rights are at stake, that they were breached, and that this Court must intervene as part of its duty under the Constitution to uphold the fundamental principles of our constitutional order.

English version of the reasons delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting in *Caine*) — The appellants contest Parliament's power to prohibit the simple possession of marihuana. Their challenge is based on two grounds: the division of powers and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

soigneusement examinée et analysée. Je ne tenterai même pas de la résumer à nouveau. À mon avis, il est indéniable que la marihuana peut causer à certaines personnes ou à certains groupes des problèmes de nature et de gravité variables. Néanmoins, compte tenu de la preuve qui nous a été présentée, le préjudice susceptible d'être causé par la consommation de cette substance paraît assez peu important. À l'opposé, le préjudice et les problèmes associés à la forme de criminalisation retenue par le législateur paraissent clairs et importants. Il semble que peu de gens soient emprisonnés pour simple possession de marihuana, mais il n'en reste pas moins que la loi continue de prévoir cette possibilité. La réticence des tribunaux à infliger cette peine et à emprisonner effectivement une personne déclarée coupable de simple possession semble confirmer la perception selon laquelle la loi, dans sa forme actuelle, constitue en quelque sorte une réaction législative démesurée aux problèmes que fait craindre la consommation de marihuana. Non seulement la loi permet-elle l'emprisonnement, mais son application signifie que des centaines de milliers de Canadiens sont aux prises avec les stigmates qu'entraînent des antécédents judiciaires et doivent, comme le signale la juge Arbour, supporter les conséquences de l'existence d'un casier judiciaire. L'adoption et l'application d'une mesure législative qui est disproportionnée aux problèmes sociétaux visés ont porté atteinte au droit fondamental à la liberté. Cette mesure est en conséquence arbitraire et contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. Pour ces motifs, j'estime, à l'instar de la juge Arbour, que des droits fondamentaux sont en jeu, que ces droits ont été violés et que notre Cour doit intervenir dans le cadre de l'obligation qui lui incombe, en vertu de la Constitution, de faire respecter les principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente dans *Caine*) — Les appelants contestent le pouvoir du Parlement de prohiber la simple possession de marihuana. Leur contestation comporte deux volets : le partage des pouvoirs et la *Charte canadienne des droits et libertés*.

282 Like my colleagues, I conclude that, in Canada, the prohibition of the possession of drugs lies within federal jurisdiction. At issue here is Parliament's power to prohibit certain conduct by imposing a sanction of imprisonment, whether pursuant to its jurisdiction over peace, order and good government or under its criminal law power. As the exercise for determining the proper division of powers depends more upon a categorization of the nature of the enactment than on the enactment's legality, which is the focus of a *Charter* challenge, I find that Parliament may validly exercise its coercive power by invoking a ground falling within its criminal law jurisdiction, namely health.

283 There remains the question of conformity with the *Charter*. Four main arguments are raised: Parliament may not use its coercive power to limit an individual's personal freedom to use marihuana; the purpose of the original statute (*The Opium and Narcotic Drug Act, 1923*, S.C. 1923, c. 22) has shifted over time; the prohibition is unconstitutional because marihuana does not harm anyone other than its users; and the prohibition is disproportionate and arbitrary.

284 I agree with the majority of this Court on the arguments relating to the protection of lifestyle and the shifting purpose of the Act. I will limit my comments to the arguments concerning the "harm principle" and the arbitrary nature of the legislation. The latter argument leads me to conclude that the inclusion of cannabis in the schedule to the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 (rep. S.C. 1996, c. 19, s. 94), infringes the appellants' right to liberty.

#### I. The "Harm Principle"

285 The "harm principle", as defined by John Stuart Mill, is cited and interpreted in both the majority opinion and the opinion of Arbour J. I agree with the conclusion of the majority in that I am of the opinion that the "harm principle" is not a principle of fundamental justice *per se*, but I believe it would be useful

Comme mes collègues, je conclus que la prohibition de la possession de drogues au Canada relève de la compétence du législateur fédéral. Que ce soit en vertu de son pouvoir de légiférer pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement ou de sa compétence en matière de droit criminel, ce qui est en jeu ici, c'est le pouvoir d'intervention du Parlement pour prohiber une conduite et la sanctionner par l'emprisonnement. Comme l'exercice requis pour déterminer si le partage des pouvoirs est respecté relève davantage de la catégorisation de la nature de la loi que de l'évaluation de sa légalité, comme c'est le cas pour l'application de la *Charte*, je constate que le Parlement fédéral peut avoir recours à son pouvoir de contrainte puisqu'il peut invoquer une matière qui relève de sa compétence sur le droit criminel, soit la santé.

Reste la question de la conformité à la *Charte*. Quatre arguments principaux sont plaidés : le Parlement ne peut utiliser son pouvoir de contrainte pour violer le choix personnel de faire usage de marihuana; l'objet de la loi originale (*Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1923*, S.C. 1923, ch. 22) ne peut plus être légitimement invoqué; la prohibition est inconstitutionnelle parce que la marihuana ne causerait de dommage qu'aux usagers eux-mêmes; la prohibition est disproportionnée et arbitraire.

Je me rallie à mes collègues de la majorité quant aux arguments ayant trait à la protection du mode de vie et à la modification de l'objet original de la Loi. Je limiterai mes commentaires aux arguments concernant le « principe du préjudice » et le caractère arbitraire de la Loi. Je retiens le dernier argument pour conclure que l'inclusion du cannabis dans l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 (abr. L.C. 1996, ch. 19, art. 94), porte atteinte au droit à la liberté des appelants.

#### I. Le « principe du préjudice »

Le « principe du préjudice », défini par John Stuart Mill, est cité et interprété tant dans l'opinion de la majorité que dans celle de la juge Arbour. Je souscris à la conclusion de mes collègues de la majorité, en ce que je ne suis pas d'avis que le « principe du préjudice » est un principe de justice

to focus on one aspect of their reasoning and even elaborate upon it.

A vision of the criminal law based on Mill's work, attractive though it may be, leaves the state no room to intervene in order to safeguard the moral values that are fundamental to a free and democratic society: see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 493. Mill's restrictive position does not fit well with the Canadian reality, in which it is accepted that social morality and criminal law are inextricably linked. Many prohibitions cannot be rationalized under the "harm principle", as emphasized in para. 118 of the majority opinion. Moreover, the state's intervention in punishing a crime is generally the expression of a popular consensus condemning socially reprehensible conduct, such as murder or sexual assault. Thus, reprehension for such conduct must generally be accompanied by the requirement that the individual understand that the conduct is blameworthy, in other words, that the individual have a guilty mind (*mens rea*): see in this regard H. L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), at p. 262; V. V. Ramraj, "Freedom of the Person and the Principles of Criminal Fault" (2002), 18 *S. Afr. J. Hum. Rts.* 225. To be sure, morality alone cannot be the sole justification for the state's exercise of its criminal law power. Still, social morality remains an integral part of the justificatory framework for allowing the state to use this power, and its categorical exclusion under the "harm principle" demonstrates the limitations of this concept.

Moreover, I believe that restricting criminal law to situations in which harm is caused to others would minimize the role of the state as protector of society. Indeed, the fundamental purpose of criminal justice is the protection of society: see *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (the Ouimet Report) (1969), at p. 11. The "harm principle" can prove difficult to apply, for example, when the victim is not easily identifiable, as in the case of certain crimes against society as a whole. Mill was himself ambiguous on this point. The state's use of dissuasive sanctions can also help to eliminate

fondamentale en soi, mais je crois utile de préciser un élément du raisonnement et même d'y ajouter.

Si attrayante que soit la vision du droit criminel qui se dégage de l'ouvrage de Mill, elle ne laisse pas place à l'intervention de l'État pour garantir le respect de certaines valeurs morales de notre société qui demeurent fondamentales à la réalisation d'une société libre et démocratique : voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 493. La position restrictive de Mill colle donc mal à la réalité canadienne où il est acquis que la moralité sociale est inextricablement liée au droit criminel. Ainsi, maintes prohibitions ne peuvent être rationalisées par le « principe du préjudice », comme la majorité le souligne au par. 118. De plus, l'intervention de l'État pour sanctionner un crime traduit généralement un consensus populaire concernant une conduite socialement répréhensible, tel le meurtre ou l'agression sexuelle. À cet égard, la réprobation d'une conduite implique généralement l'exigence que la personne comprenne que sa conduite est répréhensible, autrement dit qu'elle ait une intention coupable (*mens rea*) : voir à ce sujet H. L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), p. 262; V. V. Ramraj, « Freedom of the Person and the Principles of Criminal Fault » (2002), 18 *S. Afr. J. Hum. Rts.* 225. Certes, la morale ne peut, à elle seule, justifier le recours de l'État au droit criminel. Il reste que la moralité sociale fait partie intégrante du cadre justificatif permettant à l'État de recourir au droit criminel et que son exclusion catégorique du « principe du préjudice » met en relief l'insuffisance du concept.

Par ailleurs, j'estime que la restriction du droit criminel aux situations où un dommage est causé à autrui minimise le rôle de l'État comme protecteur de la société. En effet, le principe de base de la justice criminelle est de protéger la société : voir à ce sujet le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger* (Rapport Ouimet) (1969), p. 11. Le « principe du préjudice » peut s'avérer difficile d'application, par exemple, lorsque la victime ne peut être identifiée facilement, comme dans certains crimes commis contre la société dans son ensemble. Mill est lui-même ambigu à cet effet. Le

conduct where the resulting harm may be difficult to evaluate or prove, such as corruption, in certain cases.

288 The criminal law thus finds its justification in the protection of society, both as a whole and in its individual components. While there can be no doubt that the state is justified in using its criminal law tools to prevent harm to others, this principle is too narrow to encompass all the elements that may place limits on the state's exercise of the criminal law. It cannot validly be characterized as a principle of fundamental justice.

II. Arbitrary Nature of the Inclusion of Marihuana in the Schedule to the Narcotic Control Act

289 The criminal law is one of the most aggressive weapons the state has to enforce its dictates. This weapon must be wielded with great care. The courts must intervene when an enactment violates constitutional guarantees. More specifically, and without repeating the detailed comments of my colleagues, the courts must act when the right to liberty is infringed without regard for the principles of fundamental justice. In the present case, I believe Parliament has exercised its power arbitrarily.

290 When the state prohibits socially neutral conduct, that is, conduct that causes no harm, that is not immoral and upon which there is no societal consensus as to its blameworthiness, it cannot do so without raising a problem of legitimacy and, consequently, losing credibility. Citizens become inclined not to take the criminal justice system seriously and lose confidence in the administration of justice. Judges become reluctant to impose the sanctions attached to such laws.

291 Recognizing this chain reaction allows one to grasp the importance of the principle of fundamental justice which holds that for the state to be able to justify limiting an individual's liberty, the legislation upon which it bases its actions must not be arbitrary: see, e.g., *R. v. Arke*, [1990] 2 S.C.R. 695, at p. 704; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 619-20 (*per*

recours de l'État à des sanctions dissuasives peut aussi contribuer à l'élimination de conduites dans les cas où il pourrait s'avérer difficile d'évaluer et de prouver le dommage, par exemple dans certaines affaires de corruption.

Le droit criminel trouve donc sa justification dans la protection de la société, vue tant dans son ensemble que dans ses composantes. En ce sens, s'il est certain que l'État est justifié d'intervenir en utilisant les outils du droit criminel pour prévenir le dommage à autrui, ce principe est trop étroit pour réunir tous les éléments qui peuvent limiter l'action de l'État en droit criminel. Il ne peut valablement être qualifié de principe de justice fondamentale.

II. Le caractère arbitraire de l'inclusion de la marihuana dans l'annexe de la Loi sur les stupéfiants

Le droit criminel est une des armes les plus puissantes dont l'État dispose pour faire respecter ses prescriptions. Cette arme doit être utilisée avec discernement. Les tribunaux doivent intervenir lorsque la loi viole les garanties constitutionnelles, en particulier, et je ne reviendrai pas sur les énoncés détaillés de mes collègues, lorsque le droit à la liberté est enfreint sans égards pour les principes de justice fondamentale. En l'espèce, j'estime que l'exercice législatif est arbitraire.

Lorsque l'État prohibe une conduite socialement neutre, c'est-à-dire une conduite qui ne cause pas de préjudice, qui n'est pas immorale et pour laquelle il n'y a pas de consensus social concernant la réprobation, il ne peut que faire face à un problème de légitimité et, par conséquent, de perte de crédibilité. Les citoyens sont enclins à banaliser le système de justice criminelle et perdent confiance dans l'administration de la justice. Les juges hésitent à imposer les sanctions prévues par ces lois.

La prise de conscience de ces réactions en chaîne permet de saisir toute l'importance du principe de justice fondamentale qui veut qu'avant de pouvoir justifier la limitation de la liberté d'un individu, l'État doit se fonder sur une loi qui n'est pas arbitraire : voir, par exemple, *R. c. Arke*, [1990] 2 R.C.S. 695, p. 704; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993]

McLachlin J. (as she then was) dissenting); *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 793. There are several basic tenets of criminal law that can be used to measure the arbitrariness of a prohibition. I shall rely on three of these principles here: the need for the state to protect society from harm, the availability of tools other than criminal law that could adequately control the conduct and the proportionality of the measure to the problem in question. In emphasizing these three rules, I do not mean to suggest that others could not be used to determine if an enactment is arbitrary, nor that these three rules must always be met in a given case. They do, however, serve to delineate the legitimate scope of criminal law. These rules are not new. They were referred to over 35 years ago by the Canadian Committee on Corrections (Ouimet Report, *supra*, at p. 12) in the chapter dealing with the basic principles and goals of criminal justice. I realize that such working groups usually attempt to describe the law as it should be, in a normative sense, but in this chapter, the Committee took care to outline the foundations specific to our criminal law. Those factors are still relevant today.

Is the inclusion of marihuana in the schedule to the *Narcotic Control Act* arbitrary?

As mentioned by the majority, the reasons for adding marihuana to the schedule to the *Narcotic Control Act* are nebulous, at best. The historical background outlined by the trial judge in the case of the appellant Caine clearly shows that Parliament's decision was made at a time when a climate of irrational fear predominated, owing to a campaign led by Edmonton magistrate Emily Murphy, who claimed that marihuana caused users to lose their minds, along with all sense of moral responsibility, becoming maniacs capable of murder and many other acts of cruelty.

Fortunately, the consequences of marihuana use are nothing like those described at that time. Although I do not accept the "harm principle" as an

3 R.C.S. 519, p. 619-620 (motifs dissidents de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)); *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 793. Plusieurs règles de base du droit criminel peuvent être utilisées pour mesurer le caractère arbitraire d'une prohibition. J'aurai ici recours à trois de ces règles, soit le besoin de l'État de protéger la société contre un préjudice, la possibilité pour l'État d'avoir recours à d'autres outils que le droit criminel pour réprimer adéquatement une conduite et la proportionnalité de la mesure par rapport au problème à enrayer. Le choix de ces trois règles ne signifie pas qu'on ne peut en utiliser d'autres pour statuer sur le caractère arbitraire d'une loi, ni qu'elles doivent toujours toutes trois être respectées dans un cas donné. Elles circonscrivent cependant le champ d'application légitime du droit criminel. Ces règles ne sont pas nouvelles. Elles ont déjà été mentionnées il y a plus de 35 ans par le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (Rapport Ouimet, *op. cit.*, p. 12) au chapitre traitant des principes de base et des buts de la justice criminelle. Je conçois qu'un tel groupe de travail cherche habituellement à décrire ce que la loi devrait être, au sens normatif, mais, dans ce chapitre, le Comité s'attardait à retracer les fondements propres à notre droit criminel. Ces facteurs sont toujours d'actualité.

Qu'en est-il de l'inclusion de la marihuana dans l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants*?

Comme le mentionne la majorité, les motifs justifiant l'ajout de la marihuana dans l'annexe de la *Loi sur les stupéfiants* sont des plus nébuleux. Il ressort certainement de l'historique fait par le juge de première instance dans le dossier de l'appelant Caine que la décision du gouvernement a été prise à une époque où régnait un climat de crainte irrationnelle engendrée par une campagne menée par une magistrate d'Edmonton, Emily Murphy, qui prétendait que la marihuana faisait perdre la raison, et donc tout sens de responsabilité morale, et que ses adeptes devenaient des maniaques capables de tuer ou d'infliger toutes sortes de traitements cruels.

Les conséquences de l'usage de la marihuana sont, heureusement, totalement étrangères à ce qui a pu alors être décrit. Même si je ne reconnais pas

292

293

294

independent principle, I believe that the need for the state to protect society from harm plays an active role in any assessment of the arbitrariness of legislation. As a general rule, the state is justified in using the coercive tools of criminal law in cases where an individual willfully causes harm.

295 Although I do not adopt the approach of my colleague Arbour J., who would limit the sanction of imprisonment to cases where harm is done to others, I agree with her description of the consequences of marihuana use. The inherent risks of marihuana use, apart from those related to the operation of vehicles and the impact on public health care and social assistance systems, affect only the users themselves. These risks can be situated on a spectrum, ranging from no risk for occasional users to more significant risks for frequent users and vulnerable groups. On the whole, with a few exceptions, moderate use of marihuana is harmless. Thus, it seems doubtful that it is appropriate to classify marihuana consumption as conduct giving rise to a legitimate use of the criminal law in light of the *Charter*.

296 An examination of the second criterion, that of the availability of more tailored methods than the criminal law for controlling conduct, is equally perplexing.

297 The criminal law is an indispensable tool, but only in very limited circumstances: when society needs to be protected from an offender, when punishment is required to deter an individual or society in general from committing offences and when corrective measures specific to this field of law are necessary (see s. 718 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). The minimal harm caused by marihuana does not fit squarely within the categories of conduct usually kept in check by the criminal law.

298 I would refer back to the comments made by Arbour J. (at paras. 192 to 200) concerning the risks identified by the trial judges. Only three

le « principe du préjudice » comme principe autonome, j'estime que le besoin de l'État de protéger la société contre un dommage joue un rôle actif dans l'évaluation du caractère arbitraire de la législation. Ainsi, le fait qu'une personne cause volontairement un dommage constitue, règle générale, une justification pour l'État de recourir aux outils de contrainte du droit criminel.

Bien que je n'adopte pas l'approche de ma collègue la juge Arbour qui limite le droit d'imposer l'emprisonnement aux cas de dommages à autrui, je souscris à la description qu'elle fait des conséquences de l'usage de la marihuana. Les risques inhérents à l'usage de la marihuana, mis à part ceux liés à la conduite de véhicules et à l'impact sur les régimes publics de soins et d'aide, ne pèsent que sur les usagers eux-mêmes. Ces risques se situent sur une échelle qui va d'une absence de risque pour les usagers occasionnels à des risques plus significatifs pour les consommateurs fréquents ou pour les groupes vulnérables. Dans l'ensemble, sauf exceptions, l'usage modéré de la marihuana s'avère inoffensif. Pour cette raison, il y a lieu de douter de la pertinence de sa classification comme conduite donnant ouverture à un recours légitime au droit criminel sous le régime de la *Charte*.

L'étude du second critère, celui du choix du droit criminel pour réprimer une conduite alors que d'autres moyens plus adaptés sont disponibles, laisse tout aussi perplexé.

Le droit criminel s'avère une arme indispensable dans des circonstances très circonscrites : lorsque la société a besoin d'être protégée contre les délinquants, lorsqu'une punition est nécessaire pour créer un effet dissuasif sur un individu ou sur la société en général et lorsque les mesures correctrices propres à ce domaine du droit sont nécessaires (voir l'art. 718 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). Le peu de préjudice causé par la marihuana cadre mal avec les conduites habituellement réprimées par le droit criminel.

Je me reporte aux commentaires élaborés de la juge Arbour (au par. 192 à 200) au sujet des risques relevés par les juges de première instance.



groups are traditionally identified as requiring state intervention for their protection: young persons, pregnant women and certain people with medical conditions. This line of reasoning does not have to be pushed very far before it becomes obvious that criminal law is not society's preferred means of controlling the conduct of these groups. The use of imprisonment and all the other aspects of the criminal justice system, including the imposition of a criminal record, to suppress conduct that causes little harm to moderate users or to control high-risk groups for whom the effectiveness of deterrence or correction is highly dubious and seems to me out of keeping with Canadian society's standards of justice.

This brings me to the third factor, proportionality. The harmful effects of marijuana use have already been discussed and are highly debatable. The harm caused by its prohibition, however, is clear and significant. For the details, I refer back once again to the effects listed by Arbour J. (para. 200). A balancing of these two factors yields the result that the harm caused by prohibiting marijuana is fundamentally disproportionate to the problems created by its use that the state seeks to suppress.

While I am more comfortable using three criteria for evaluating constitutionality rather than just one, I nevertheless agree with LeBel J.'s analysis with regard to proportionality.

The harm caused by using the criminal law to punish the simple use of marijuana far outweighs the benefits that its prohibition can bring. LeBel J. notes that the fact that jail sentences are rarely imposed illustrates the perception of judges that imprisonment is not a sanction that befits the inherent dangers of using marijuana. In the case of the appellant Caine, Howard Prov. Ct. J. also observed that the prohibition had brought the law into disrepute in the eyes of over one million people. These are exactly the kinds of reactions that are indicative of the arbitrariness of the impugned provisions. As I have already mentioned, and as Howard Prov. Ct. J. observed, when the state prohibits socially neutral

Seulement trois groupes sont traditionnellement identifiés comme justifiant l'intervention de l'État dans son rôle de protecteur : les jeunes, les femmes enceintes et certains malades. Sans qu'il soit nécessaire de pousser le raisonnement très loin, il paraît évident que ce ne sont pas là des groupes pour lesquels la société privilégie le recours au droit criminel comme moyen de contrôle. Le recours à l'emprisonnement, et même à l'appareil criminel tout entier, y compris, entre autres, l'imposition de casiers judiciaires, pour réprimer une conduite qui ne cause que peu de dommages aux utilisateurs modérés ou pour encadrer des groupes à risque pour lesquels l'effet dissuasif ou correctif est plus que douteux ne me paraît pas à la hauteur des normes de justice de la société canadienne.

Cette réflexion m'amène à l'étude du troisième facteur, la proportionnalité. Les effets préjudiciables de l'usage de la marijuana ont déjà été discutés, et sont très discutables. Ceux causés par la prohibition sont toutefois certains et importants. Pour les détails, je me reporte à nouveau à l'énumération de la juge Arbour (par. 200). Il ressort de la comparaison de ces deux données que les effets préjudiciables de la prohibition sont foncièrement disproportionnés par rapport au problème créé par l'usage que l'État cherche à enrayer.

Quoique je préfère évaluer la conformité constitutionnelle d'après trois critères plutôt qu'un seul, je me rallie par ailleurs à l'analyse du juge LeBel au sujet de la proportionnalité.

Les effets préjudiciables du recours au droit criminel pour sanctionner le simple usage de la marijuana dépassent de loin les bienfaits de la prohibition. Le juge LeBel note d'ailleurs que le fait que la peine d'emprisonnement ne soit pas fréquemment imposée illustre la réaction des juges : l'emprisonnement n'est pas une sanction compatible avec les dangers inhérents à l'usage de la marijuana. La juge Howard de la Cour provinciale, dans le dossier de l'appellant Caine, constate aussi que la prohibition a eu pour effet de discréditer la loi chez plus d'un million de personnes. Ce sont justement ces réactions qui dénotent le caractère arbitraire de la loi. Comme je l'ai déjà mentionné, lorsque l'État prohibe une

299

300

301

conduct, it exposes itself to the risk of eroding its credibility.

302 Canadian society is changing. Its knowledge base is growing, and its morals are evolving. Even if it was once the case, and in my view it never was, the prohibition against cannabis is no longer defensible. My analysis leads me to conclude that the little harm caused by marihuana casts doubt on the appropriateness of state intervention in this case. When I weigh the prohibition against, first, other available methods for countering the harm that marihuana use presents and, second, the problems caused by marihuana use, I must conclude that the legislation is inconsistent with the constitutional guarantee in s. 7 of the *Charter*.

303 The respondent did not attempt to justify the prohibition under s. 1 of the *Charter*. It has therefore not satisfied its burden.

304 For these reasons, I agree with the disposition proposed by Arbour J.

#### APPENDIX

Extracts from a document entitled *Cannabis: a health perspective and research agenda*, Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse, World Health Organization (1997), at pp. 30-31:

##### *Chronic health effects of cannabis use*

The chronic use of cannabis produces additional health hazards including:

- selective impairments of cognitive functioning which include the organization and integration of complex information involving various mechanisms of attention and memory processes;
- prolonged use may lead to greater impairment, which may not recover with cessation of use, and which could affect daily life functions;

conduite socialement neutre, il s'expose à ce que sa crédibilité soit érodée. C'est la constatation qu'a faite la juge Howard.

La société canadienne se transforme, ses connaissances s'accroissent et sa morale évolue. La prohibition du cannabis, si elle l'a un jour été, ce que je ne crois pas, n'est de toute évidence aujourd'hui plus de mise. Suite à mon analyse, je conclus que le peu de dommage causé par la marihuana fait douter de la pertinence de l'intervention de l'État en l'espèce. En outre, lorsque je jauge la prohibition par rapport, premièrement, aux autres moyens disponibles pour circonscrire le dommage que l'usage représente et, deuxièmement, aux problèmes qu'elle engendre, je ne peux que conclure que la loi n'est pas conforme à la garantie constitutionnelle de l'art. 7 de la *Charte*.

L'intimée n'a pas tenté de justifier la prohibition en vertu de l'article premier de la *Charte*. Elle ne s'est donc pas acquittée de son fardeau.

Pour ces motifs, je suis d'accord avec le dispositif proposé par la juge Arbour.

#### ANNEXE

Extraits du rapport intitulé *Cannabis: a health perspective and research agenda*, Division de la santé mentale et de la prévention des toxicomanies, Organisation mondiale de la santé (1997), p. 30-31 :

##### [TRADUCTION]

##### *Effets chroniques de la consommation de cannabis sur la santé*

La consommation chronique de cannabis crée d'autres risques pour la santé, notamment les suivants :

- troubles sélectifs du fonctionnement cognitif, touchant notamment l'organisation et l'intégration d'informations complexes dans lesquels interviennent divers mécanismes d'attention et processus mnémoniques;
- une consommation prolongée peut entraîner des troubles plus importants, qui peuvent être irréversibles même si la personne cesse de consommer du cannabis et qui peuvent affecter les fonctions de la vie quotidienne;

- development of a cannabis dependence syndrome characterized by a loss of control over cannabis use is likely in chronic users;
  - cannabis use can exacerbate schizophrenia in affected individuals;
  - epithelial injury of the trachea and major bronchi is caused by long-term cannabis smoking;
  - airway injury, lung inflammation, and impaired pulmonary defence against infection from persistent cannabis consumption over prolonged periods;
  - heavy cannabis consumption is associated with a higher prevalence of symptoms of chronic bronchitis and a higher incidence of acute bronchitis than in the non-smoking cohort;
  - cannabis use during pregnancy is associated with impairment in fetal development leading to a reduction in birth weight;
  - cannabis use during pregnancy may lead to postnatal risk of rare forms of cancer although more research is needed in this area.
- les consommateurs chroniques risquent fort de développer un syndrome de dépendance qui se caractérise par l’incapacité de limiter leur consommation de cannabis;
  - la consommation de cannabis peut aggraver la schizophrénie chez les personnes atteintes de cette maladie;
  - le fait de fumer du cannabis pendant une très longue période cause des lésions épithéliales de la trachée et des bronches souches;
  - la consommation soutenue de cannabis pendant des périodes prolongées peut provoquer des lésions des voies aériennes, des inflammations pulmonaires et l’affaiblissement des mécanismes pulmonaires de défense contre les infections;
  - une forte consommation de cannabis est associée à une prévalence plus grande des symptômes de bronchite chronique et à une incidence plus élevée de la bronchite aiguë qu’au sein de la cohorte des non-consommateurs;
  - la consommation de cannabis pendant la grossesse est associée à l’altération du développement du fœtus causant une réduction du poids à la naissance;
  - la consommation de cannabis pendant la grossesse peut entraîner un risque postnatal de formes rares de cancer, quoique des recherches plus poussées soient requises dans ce domaine.

The health consequences of cannabis use in developing countries are largely unknown because of limited and non-systematic research, but there is no reason *a priori* to expect that biological effects on individuals in these populations would be substantially different to what has been observed in developed countries. However, other consequences might be different given the cultural and social differences between countries.

#### *Therapeutic uses of cannabinoids*

Several studies have demonstrated the therapeutic effects of cannabinoids for nausea and vomiting in the advanced stages of illnesses such as cancer and AIDS. Dronabinol (tetrahydrocannabinol) has been available by prescription for more than a decade in the USA. Other therapeutic uses of cannabinoids are being demonstrated by controlled studies, including treatment of asthma and glaucoma, as an antidepressant, appetite stimulant, anticonvulsant and anti-spasmodic, research in this area should continue. For example, more basic research on the central and peripheral mechanisms of the effects of

Dans les pays en développement, les conséquences de l’usage du cannabis pour la santé sont largement inconnues car la recherche sur le sujet est limitée et non systématique. Cependant, *a priori*, il n’y a aucune raison de s’attendre à ce que les effets biologiques sur ces populations soient sensiblement différents de ceux observés dans les pays développés. En revanche, d’autres conséquences pourraient être différentes compte tenu des particularités culturelles et sociales des pays.

#### *Usage thérapeutique des cannabinoïdes*

Plusieurs études ont montré les effets thérapeutiques des cannabinoïdes chez les personnes souffrant de nausées et de vomissements à des stades avancés de maladies comme le cancer ou le sida. Aux États-Unis, le dronabinol (tétrahydrocannabinol) est délivré sur ordonnance depuis plus de dix ans. Des études contrôlées révèlent que les cannabinoïdes peuvent être utilisés à d’autres fins thérapeutiques, entre autres pour le traitement de l’asthme et du glaucome ainsi que comme antidépresseurs, stimulants de l’appétit, anticonvulsivants et antispasmodiques. Il y a donc lieu de poursuivre les recherches dans

cannabinoids on gastrointestinal function may improve the ability to alleviate nausea and emesis. More research is needed on the basic neuropharmacology of THC and other cannabinoids so that better therapeutic agents can be found.

*Appeal in Malmo-Levine dismissed.*

*Appeal in Caine dismissed, ARBOUR, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Caine: Conroy & Company, Abbotsford.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

ce domaine. Par exemple, des recherches fondamentales plus poussées sur les mécanismes centraux et périphériques des effets des cannabinoïdes sur la fonction gastro-intestinale pourraient permettre de trouver de meilleurs moyens d'atténuer les nausées et les vomissements. Il faut aussi effectuer davantage de recherches sur la neuropharmacologie fondamentale du THC et des autres cannabinoïdes de manière à découvrir de meilleurs agents thérapeutiques.

*Pourvoi rejeté dans Malmo-Levine.*

*Pourvoi rejeté dans Caine, les juges ARBOUR, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant Caine : Conroy & Company, Abbotsford.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

**Christopher James Clay** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Civil Liberties Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. CLAY**

**Neutral citation: 2003 SCC 75.**

File No.: 28189.

2003: May 6; 2003: December 23.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Liberty and security of person — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana — Imprisonment available as penalty for simple possession — Whether prohibition infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 3(1), Schedule.*

The accused owned a store in Ontario where he sold various hemp products including industrial byproducts, marihuana logos and pipes. He also sold small marihuana plant seedlings. Charges were laid under the former *Narcotic Control Act* after an undercover police officer bought a small marihuana cutting at the store. The police also seized marihuana seedlings and a small amount of marihuana when they executed search warrants at the accused's store and home. The accused's defence largely centred on his contention that the prohibition of the possession of marihuana infringed s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This constitutional challenge was dismissed both at trial and on appeal to the Court of Appeal. In the result the accused was convicted of possession of *cannabis sativa*, possession of *cannabis sativa* for the purpose of

**Christopher James Clay** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario, British Columbia Civil Liberties Association et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CLAY**

**Référence neutre : 2003 CSC 75.**

N° du greffe : 28189.

2003 : 6 mai; 2003 : 23 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté et sécurité de la personne — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marihuana — Possibilité d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité pour simple possession — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 3(1), annexe.*

L'accusé était propriétaire, en Ontario, d'un magasin où il vendait divers produits du chanvre, notamment des dérivés industriels, des logos de marihuana et des pipes. Il vendait également de jeunes plants de marihuana. À la suite de l'achat par un agent d'infiltration d'une petite bouture de plant de marihuana au magasin, des accusations ont été portées en vertu de l'ancienne *Loi sur les stupéfiants*. Les policiers ont également saisi des semis de marihuana ainsi qu'une petite quantité de marihuana lors de l'exécution des mandats de perquisition au magasin et à la résidence de l'accusé. La défense de l'accusé a reposé en grande partie sur l'argument selon lequel l'interdiction de posséder de la marihuana violait l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet argument d'inconstitutionnalité a été rejeté tant par le tribunal de première instance que par la Cour d'appel. L'accusé a été

trafficking and trafficking in *cannabis sativa*. The Court of Appeal dismissed his appeal.

*Held* (Arbour, LeBel and Deschamps JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: While the availability of imprisonment following his conviction for simple possession of marihuana put at risk the accused's liberty and security of the person, it did so in a manner that complied with the principles of fundamental justice. Accordingly, for the reasons given in *Malmo-Levine*, the appeal should be dismissed.

The liberty right within s. 7 of the *Charter* touches the core of what it means to be an autonomous human being blessed with dignity and independence in matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal. This does not include smoking marihuana for recreation.

The marihuana prohibition does not exhibit a degree of overbreadth that violates the accused's s. 7 entitlement to fundamental justice, as it is not grossly disproportionate to the state interest in avoiding harm to users and others caused by marihuana consumption. The evidence indicated that a narrower prohibition would not be effective. The members of at least some of the vulnerable groups and chronic users could not be identified in advance. In any event, the effects of a psychoactive drug like marihuana on users in the acute phase, where for example operation of motor vehicles or other complex machinery by any user constitutes a public danger, provide a rational basis for extending the prohibition to all users.

The accused's argument that the reference to *cannabis sativa* in the Schedule to the Act should be interpreted so as not to criminally prohibit the possession of plants or other substances which have no *tetrahydrocannabinol* (THC) and are used exclusively as an industrial product is justified neither on the facts nor on the law. The accused's attempt to "read into" the Act a THC threshold based on Parliament's presumed intent would require the Court to attribute to Parliament an intent to establish an impractical regime inimical to the statute's overall purpose.

déclaré coupable de possession de *cannabis sativa*, de possession de *cannabis sativa* en vue d'en faire le trafic et de trafic de *cannabis sativa*. L'appel formé par l'accusé a été rejeté par la Cour d'appel.

*Arrêt* (les juges Arbour, LeBel et Deschamps sont dissidents en partie) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie : Bien que la peine d'emprisonnement dont l'accusé est passible par suite de sa déclaration de culpabilité pour simple possession de marihuana menace sa liberté et la sécurité de sa personne, cette menace est compatible avec les principes de justice fondamentale. En conséquence, pour les motifs exposés dans l'arrêt *Malmo-Levine*, le pourvoi est rejeté.

Le droit à la liberté prévu à l'art. 7 de la *Charte* touche à l'essence même de ce que signifie le fait d'être une personne humaine autonome dotée de dignité et d'indépendance eu égard aux sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels. Le droit à la liberté n'emporte pas celui de consommer de la marihuana à des fins récréatives.

La portée de l'interdiction visant la marihuana n'est pas excessive au point de porter atteinte au droit à la justice fondamentale garanti à l'accusé par l'art. 7, en ce qu'elle n'est pas exagérément disproportionnée par rapport à l'intérêt qu'a l'État à empêcher la consommation de marihuana de causer préjudice aux consommateurs et à autrui. La preuve indiquait qu'une interdiction limitée ne serait pas efficace, du fait qu'il est impossible d'identifier à l'avance au moins certains groupes ou consommateurs chroniques vulnérables. Quoi qu'il en soit, les effets de la consommation d'une drogue psychoactive comme la marihuana sur les consommateurs en phase aiguë — par exemple dans les cas où tout consommateur conduisant un véhicule à moteur ou faisant fonctionner un autre appareil complexe constitue un danger pour le public — établissent un fondement rationnel justifiant d'assujettir tous les consommateurs à l'interdiction.

L'argument de l'accusé selon lequel le terme *cannabis sativa* utilisé à l'annexe de la Loi n'a pas pour effet d'interdire, sur le plan criminel, la possession de plants (ou d'autres substances) dépourvus de *tetrahydrocannabinol* (THC) et qui sont utilisés exclusivement à titre de produits industriels n'est étayé ni par les faits ni par le droit. La tentative de l'accusé d'incorporer par interprétation à la Loi une concentration limite de THC à partir de l'intention présumée du Parlement exigerait que l'on prête au législateur l'intention d'établir un régime difficile d'application et peu favorable à la réalisation de son objectif global.

There is no ambiguity in the definition of “narcotic” in the Act. The Act does not require the presence of THC for a substance to be classified as a prohibited narcotic.

*Per* Arbour J. (dissenting in part): For the reasons given in *Malmo-Levine*, the appeal should be allowed only with respect to the charge of possession of *cannabis sativa*.

*Per* LeBel J. (dissenting in part): Subject to the comments made in *Malmo-Levine*, there was agreement with the disposition of the appeal suggested by Arbour J.

*Per* Deschamps J. (dissenting in part): Subject to the comments made in *Malmo-Levine*, there was agreement with the disposition of the appeal suggested by Arbour J.

### Cases Cited

By Gonthier and Binnie JJ.

**Applied:** *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; **referred to:** *R. v. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Morgan*, [2002] E.W.J. No. 1244 (QL), [2002] EWCA Crim 721; *R. v. Ham*, [2002] E.W.J. No. 2551 (QL), [2002] EWCA Crim 1353; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *R. v. Dunn*, [1982] 2 S.C.R. 677.

By Arbour J. (dissenting in part)

*R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74.

By LeBel J. (dissenting in part)

*R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74.

By Deschamps J. (dissenting in part)

*R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7.  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 [rep. 1996, c. 19, s. 94], ss. 2 “marihuana”, “narcotic”, 3, Sch., item 3 [now S.C. 1996, c. 19, Sch. II, item 1].

La définition législative de « stupéfiant » ne présente aucune ambiguïté. La Loi n’exige pas la présence de THC dans une substance pour que celle-ci soit classée comme stupéfiant interdit.

La juge Arbour (dissidente en partie) : Pour les motifs exposés dans l’arrêt *Malmo-Levine*, le pourvoi est accueilli mais seulement à l’égard de l’accusation de possession de *cannabis sativa*.

Le juge LeBel (dissident en partie) : Sous réserve des observations faites dans l’arrêt *Malmo-Levine*, il y a accord avec le dispositif proposé par la juge Arbour.

La juge Deschamps (dissidente en partie) : Sous réserve des observations faites dans l’arrêt *Malmo-Levine*, il y a accord avec le dispositif proposé par la juge Arbour.

### Jurisprudence

Citée par les juges Gonthier et Binnie

**Arrêt appliqué :** *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; **arrêts mentionnés :** *R. c. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Morgan*, [2002] E.W.J. No. 1244 (QL), [2002] EWCA Crim 721; *R. c. Ham*, [2002] E.W.J. No. 2551 (QL), [2002] EWCA Crim 1353; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *R. c. Dunn*, [1982] 2 R.C.S. 677.

Citée par la juge Arbour (dissidente en partie)

*R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74.

Citée par le juge LeBel (dissident en partie)

*R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74.

Citée par la juge Deschamps (dissidente en partie)

*R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7.  
*Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, R.T. Can. 1964 n° 30, art. 28(2).  
*Loi de l’opium et des drogues narcotiques, 1923*, S.C. 1923, ch. 22.

*Opium and Narcotic Drug Act, 1923*, S.C. 1923, c. 22.  
*Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, Can. T.S.  
 1964 No. 30, Art. 28(2).

#### Authors Cited

- Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. *Cannabis: A Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs*. Ottawa: Information Canada, 1972.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- England. Advisory Committee on Drug Dependence. *Cannabis: Report by the Advisory Committee on Drug Dependence*. London: Her Majesty's Stationery Office, 1968.
- Hall, Wayne, Nadia Solowij and Jim Lemon. *National Drug Strategy: The health and psychological consequences of cannabis use*. Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre for the National Task Force on Cannabis. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1994.
- India. Hemp Drugs Commission. *Marijuana: Report of the Indian Hemp Drugs Commission 1893-1894*. Silver Spring, Md.: Thos. Jefferson Publishing Co., 1969.
- New York (City). Mayor's Committee on Marihuana. *The Marihuana Problem in the City of New York*. Metuchen, N.J.: Scarecrow Reprint Corp., 1973 (reprint of 1944 ed.).
- Single, Eric W. "At the crossroads one more time: the Impact of the 'Decriminalization' of cannabis in the U.S. and elsewhere". Paper presented at the Interdisciplinary Conference on Canadian Cannabis Policy, University of Western Ontario Faculty of Law, London, Ontario, September 23, 1995.
- Small, Ernest. *The Species Problem in Cannabis: Science & Semantics*, vols. 1-2. Toronto: Corpus, 1979.
- South Australia. Royal Commission into the Non-Medical Use of Drugs. *Cannabis: A Discussion Paper*. Adelaide: Gillingham Printers, 1978.
- United States. National Commission on Marihuana and Drug Abuse. *Marihuana: A Signal of Misunderstanding*, First Report. Washington: U.S. Government Printing Office, 1972.
- United States. The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. Task Force on Narcotics and Drug Abuse. *Task Force Report: Narcotics and Drug Abuse — Annotations and Consultants' Papers*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1967.
- Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19.
- Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1 [abr. 1996, ch. 19, art. 94], art. 2 « chanvre indien » ou « marihuana », « stupéfiant », 3, ann., art. 3 [maintenant L.C. 1996, ch. 19, ann. II, art. 1].

#### Doctrine citée

- Angleterre. Advisory Committee on Drug Dependence. *Cannabis: Report by the Advisory Committee on Drug Dependence*. London: Her Majesty's Stationery Office, 1968.
- Australie-Méridionale. Royal Commission into the Non-Medical Use of Drugs. *Cannabis: A Discussion Paper*. Adelaide: Gillingham Printers, 1978.
- Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales. *Le cannabis: Rapport de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales*. Ottawa: Information Canada, 1972.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- États-Unis. National Commission on Marihuana and Drug Abuse. *Marihuana: A Signal of Misunderstanding*, First Report. Washington: U.S. Government Printing Office, 1972.
- États-Unis. The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. Task Force on Narcotics and Drug Abuse. *Task Force Report: Narcotics and Drug Abuse — Annotations and Consultants' Papers*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1967.
- Hall, Wayne, Nadia Solowij and Jim Lemon. *National Drug Strategy: The health and psychological consequences of cannabis use*. Prepared by the National Drug and Alcohol Research Centre for the National Task Force on Cannabis. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1994.
- Inde. Hemp Drugs Commission. *Marijuana: Report of the Indian Hemp Drugs Commission 1893-1894*. Silver Spring, Md.: Thos. Jefferson Publishing Co., 1969.
- New York (Ville). Mayor's Committee on Marihuana. *The Marihuana Problem in the City of New York*. Metuchen, N.J.: Scarecrow Reprint Corp., 1973 (reprint of 1944 ed.).
- Single, Eric W. « At the crossroads one more time: the Impact of the "Decriminalization" of cannabis in the U.S. and elsewhere ». Paper presented at the Interdisciplinary Conference on Canadian Cannabis Policy, University of Western Ontario Faculty of Law, London, Ontario, September 23, 1995.
- Small, Ernest. *The Species Problem in Cannabis: Science & Semantics*, vols. 1-2. Toronto: Corpus, 1979.



APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 49 O.R. (3d) 577, 188 D.L.R. (4th) 468, 135 O.A.C. 66, 146 C.C.C. (3d) 276, 37 C.R. (5th) 170, 75 C.R.R. (2d) 310, [2000] O.J. No. 2788 (QL), affirming a decision of the Ontario Court of Justice (General Division) (1997), 9 C.R. (5th) 349, [1997] O.J. No. 3333 (QL). Appeal dismissed, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. dissenting in part.

*Paul Burstein and Karen Unger*, for the appellant.

*S. David Frankel, Q.C., Kevin Wilson and W. Paul Riley*, for the respondent.

*Milan Rupic*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

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

*Andrew K. Lokan and Andrew C. Lewis*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

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

GONTHIER AND BINNIE JJ. — This is one of three appeals before the Court dealing with the constitutional validity of the criminal prohibition against the possession of marijuana for personal use under the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 (“NCA”), since repealed and replaced by the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

The Court’s reasons in the two other appeals, *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, are released concurrently.

In this trilogy of cases, we affirm the legislative competence of Parliament to prohibit the possession of marijuana. On the principal issue, namely whether the prohibition infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it is our

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2000), 49 O.R. (3d) 577, 188 D.L.R. (4th) 468, 135 O.A.C. 66, 146 C.C.C. (3d) 276, 37 C.R. (5th) 170, 75 C.R.R. (2d) 310, [2000] O.J. No. 2788 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour de justice de l’Ontario (Division générale) (1997), 9 C.R. (5th) 349, [1997] O.J. No. 3333 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Arbour, LeBel et Deschamps sont dissidents en partie.

*Paul Burstein et Karen Unger*, pour l’appelant.

*S. David Frankel, c.r., Kevin Wilson et W. Paul Riley*, pour l’intimée.

*Milan Rupic*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Joseph J. Arvay, c.r.*, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Andrew K. Lokan et Andrew C. Lewis*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

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

LES JUGES GONTHIER ET BINNIE — Le présent appel est l’un des trois pourvois dans lesquels notre Cour est appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de l’interdiction criminelle de posséder de la marijuana à des fins personnelles, interdiction prévue par la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 (la « Loi »), maintenant abrogée et remplacée par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

Les motifs exposés par les juges de notre Cour dans les deux autres pourvois, *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, sont déposés simultanément.

Dans cette trilogie, nous confirmons le pouvoir du Parlement de légiférer pour interdire la possession de marijuana. Relativement à la principale question en litige, celle de savoir si l’interdiction viole l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et*

1

2

3

view that while the availability of imprisonment following his conviction for simple possession of marihuana put at risk the appellant's liberty and security of the person, it did so in a manner that complied with the principles of fundamental justice. The appeal is therefore dismissed.

4

The task of the Court in relation to s. 7 of the *Charter* is not to micromanage Parliament's creation or continuance of prohibitions backed by penalties. It is to identify the outer boundaries of legislative jurisdiction set out in the Constitution. Within those boundaries, it is for Parliament to act or not to act. The appellant, together with the appellants in *Malmo-Levine* and *Caine*, has mounted an extensive attack on the wisdom of criminalizing the simple possession of marihuana. The Court's concern is not with the wisdom of the prohibition but solely with its constitutionality. We have concluded that it is within Parliament's jurisdiction to criminalize the possession of marihuana should it choose to continue to do so, but it is equally open to Parliament to decriminalize or otherwise soften any aspect of the marihuana laws that it no longer considers to be good public policy.

#### I. Facts

5

The appellant was 26 years old at the time of the offence and owned a store called "The Great Canadian Hemporium" in London, Ontario, where he sold various hemp products including industrial by-products, marihuana logos and pipes. He also sold small marihuana plant seedlings. The store maintained an extensive library of books on topics of interest to marihuana users, and distributed marihuana information at no charge. He became something of a crusader for the legalization of marihuana.

6

The appellant is a user of marihuana but does not require it for medical reasons. He has sold marihuana cuttings from his store to persons who did,

*libertés*, nous sommes d'avis que, bien que la peine d'emprisonnement dont l'appelant est passible par suite de sa déclaration de culpabilité pour simple possession de marihuana menace sa liberté et la sécurité de sa personne, cette menace est compatible avec les principes de justice fondamentale. Le pourvoi est donc rejeté.

Eu égard à l'art. 7 de la *Charte*, le rôle de notre Cour n'est pas de « micro-gérer » la création ou le maintien par le Parlement d'interdictions assorties de peines, mais plutôt de définir les limites de la compétence législative énoncée dans la Constitution. La décision d'agir ou non à l'intérieur de ces limites appartient au Parlement. L'appelant, tout comme les appelants dans les affaires *Malmo-Levine* et *Caine*, se livre à une attaque généralisée contre la sagesse de la décision de criminaliser la simple possession de marihuana. L'aspect auquel doit s'attacher notre Cour n'est pas l'opportunité de l'interdiction mais uniquement sa constitutionnalité. Nous estimons que le Parlement a compétence pour criminaliser la possession de la marihuana s'il choisit de continuer à le faire, mais il lui est également loisible de décriminaliser, ou d'assouplir de quelque autre manière, tout aspect des mesures législatives applicables à la marihuana qu'il considère ne plus être dans l'intérêt public.

#### I. Les faits

Au moment de la commission de l'infraction, l'appelant était âgé de 26 ans et propriétaire, à London en Ontario, d'un magasin appelé « The Great Canadian Hemporium » où il vendait divers produits du chanvre, notamment des dérivés industriels, des logos de marihuana et des pipes. Il vendait également de jeunes plants de marihuana. Le magasin possédait une vaste collection de livres sur des sujets intéressant les consommateurs de marihuana, et on y diffusait sans frais des renseignements concernant cette substance. Il est devenu en quelque sorte un apôtre de la légalisation de la marihuana.

L'appelant consomme de la marihuana, mais non pour des raisons médicales. Il lui est arrivé de vendre, à son magasin, des boutures de plants de

but they are not before the Court. The issue of the medical use of marihuana therefore does not arise in these appeals.

Charges were laid after an undercover police officer bought a small marihuana cutting at the store. The police also seized marihuana seedlings and a small amount of marihuana (6.1 grams), when they executed search warrants at the appellant's store and home. The appellant was charged under the former NCA with possession of *cannabis sativa*, trafficking in *cannabis sativa*, possession of *cannabis sativa* for the purpose of trafficking, and the unlawful cultivation of marihuana.

The appellant's defence largely centred on his constitutional challenge, which was dismissed both at trial and on appeal to the Ontario Court of Appeal. He also argued that the Crown had failed to prove the offences. That argument was also dismissed. In this Court, the appellant's challenge was restricted to the constitutionality and interpretation of the possession offence.

## II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1 (repealed S.C. 1996, c. 19, s. 94, effective May 14, 1997 (SI/97-47))

Section 2 of the NCA defines "marihuana" as *Cannabis sativa* L. and a "narcotic" as "any substance included in the schedule or anything that contains any substance included in the schedule". Marihuana became a scheduled drug when *The Opium and Narcotic Drug Act, 1923*, S.C. 1923, c. 22 (the predecessor to the NCA), was enacted by Parliament in 1923. The relevant provisions of the NCA, impugned insofar as they relate to the simple possession of marihuana, state:

marihuana à des personnes consommant de la marihuana pour des raisons médicales. Ces personnes ne sont toutefois pas parties au pourvoi dont notre Cour est saisie. La question de la consommation médicale de la marihuana n'est donc pas en litige dans les présents pourvois.

Des accusations ont été portées à la suite de l'achat, par un agent d'infiltration, d'une petite bouture de plant de marihuana au magasin. Les policiers ont également saisi des semis de marihuana ainsi qu'une petite quantité de marihuana (6,1 grammes) lors de l'exécution des mandats de perquisition au magasin et à la résidence de l'appellant. L'appellant a été accusé, en vertu de la Loi, de possession de *cannabis sativa*, de trafic de *cannabis sativa*, de possession de *cannabis sativa* en vue d'en faire le trafic et de culture illégale de marihuana.

La défense de l'appellant a reposé en grande partie sur son argument d'inconstitutionnalité des dispositions législatives, qui a été rejeté tant par le tribunal de première instance que par la Cour d'appel de l'Ontario. Il a également plaidé que le ministre public n'avait pas fait la preuve des infractions, mais cet argument a lui aussi été rejeté. Devant notre Cour, l'appellant a présenté des arguments portant sur la constitutionnalité et l'interprétation de l'infraction de possession.

## II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1 (abrogée par L.C. 1996, ch. 19, art. 94, en vigueur le 14 mai 1997 (TR/97-47))

Aux termes de l'art. 2 de la Loi, « marihuana » s'entend du *Cannabis sativa* L. et « stupéfiant » de toute « [s]ubstance énumérée à l'annexe, ou toute préparation en contenant ». La marihuana est devenue une drogue inscrite à l'annexe lorsque la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1923*, S.C. 1923, ch. 22 (remplacée par la Loi), a été édictée par le Parlement en 1923. Voici le texte des dispositions pertinentes de la Loi qui sont contestées, dans la mesure où elles portent sur la simple possession de la marihuana :

7

8

9

3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.

(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence and liable

(a) on summary conviction for a first offence, to a fine not exceeding one thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both and, for a subsequent offence, to a fine not exceeding two thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year or to both; or

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding seven years.

. . .  
**SCHEDULE**  
. . .

3. *Cannabis sativa*, its preparations, derivatives and similar synthetic preparations, including:

- (1) Cannabis resin,
- (2) Cannabis (marihuana),
- (3) Cannabidiol,
- (4) Cannabinol (3-n-amy-6,6,9-trimethyl-6-dibenzopyran-1-ol),
- (4.1) Nabilone ((±)-trans-3 (1,1-dimethylheptyl)-6, 6a, 7, 8, 10, 10a-hexahydro-1-hydroxy-6,6-dimethyl-9H-dibenzo[b,d] pyran-9-one),
- (5) Pyrahexyl (3-n-hexyl-6,6,9-trimethyl-7,8,9,10-tetrahydro-6-dibenzopyran-1-ol), and
- (6) Tetrahydrocannabinol,

but not including:

- (7) non-viable Cannabis seed.

10 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Section 7 of the *Charter* states:

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.

3. (1) Sauf exception prévue par la présente loi ou ses règlements, il est interdit d'avoir un stupéfiant en sa possession.

(2) Quiconque enfreint le paragraphe (1) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :

a) par procédure sommaire, pour une première infraction, une amende maximale de mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines, et, en cas de récidive, une amende maximale de deux mille dollars et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines;

b) par mise en accusation, un emprisonnement maximal de sept ans.

. . .  
**ANNEXE**  
. . .

3. Chanvre indien (*Cannabis sativa*), ses préparations, dérivés et préparations synthétiques semblables, notamment :

- (1) Résine de cannabis,
- (2) Cannabis (marihuana),
- (3) Cannabidiol,
- (4) Cannabinol (n-amy-3 triméthyl-6,6,9 dibenzo-6 pyran-1-ol),
- (4.1) Nabilone ((±)-trans-(diméthylheptyl-1,1)-3 hexahydro-6, 6a, 7, 8, 10, 10a hydroxy-1 diméthyl-6,6 9H-dibenzo [b,d] pyrannone-9),
- (5) Pyrahexyl (n-hexyl-3 triméthyl-6,6,9 tétrahydro-7,8,9,10 dibenzo-6 pyran-1-ol),
- (6) Tétrahydrocannabinol,

mais non compris :

- (7) Graine de cannabis stérile.

*Charte canadienne des droits et libertés*

L'article 7 de la *Charte* est ainsi rédigé :

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.

### III. Judicial History

#### 1. *Ontario Court of Justice (General Division)* (1997), 9 C.R. (5th) 349

McCart J. rejected the appellant's argument that conduct must cause actual harm before Parliament can prohibit it. In any case, he was of the opinion that the consumption of marijuana *did* cause some harm, based on more than two weeks of evidence from several experts called both by the Crown and the defence and extensive submissions. In his reasons he considered in some detail a large number of reports and surveys, some of which were the subject of expert evidence, including: *Marijuana: Report of the Indian Hemp Drugs Commission 1893-1894* (India, 1969); *The Marijuana Problem in the City of New York* (U.S.A., 1973 (reprint of the 1944 ed.)) (the "LaGuardia Report"); The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Task Force on Narcotics and Drug Abuse, *Task Force Report: Narcotics and Drug Abuse — Annotations and Consultants' Papers* (U.S.A., 1967); *Cannabis: Report by the Advisory Committee on Drug Dependence* (England, 1968); First Report of the National Commission on Marijuana and Drug Abuse, *Marijuana: A Signal of Misunderstanding* (U.S.A., 1972) (the "Shafer Commission"); *Cannabis: A Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (Canada, 1972) (the "Le Dain Commission"); *Cannabis: A Discussion Paper* by the Royal Commission into the Non-Medical Use of Drugs (South Australia, 1978); Report of the National Task Force on Cannabis, *National Drug Strategy: The health and psychological consequences of cannabis use* (Australia, 1994) (the "Hall Report").

Based on careful consideration of the evidence and other documentary material the trial judge set out his findings at length (which are virtually identical to those of the trial judge in *Caine*). He then stated, at para. 26:

### III. L'historique des procédures judiciaires

#### 1. *Cour de justice de l'Ontario (Division générale)* (1997), 9 C.R. (5th) 349

Le juge McCart a rejeté l'argument de l'appellant selon lequel un comportement doit causer un préjudice concret pour que le Parlement puisse l'interdire. Quoi qu'il en soit, le juge a estimé que la consommation de marijuana cause *effectivement* un certain préjudice, appuyant sa conclusion sur plus de deux semaines de témoignages d'experts, produits tant par le ministère public que par la défense, ainsi que sur les observations exhaustives des parties. Dans ses motifs, le juge a fait un examen assez détaillé d'un grand nombre d'études et de rapports, dont quelques-uns ont fait l'objet de témoignages d'experts, notamment : *Marijuana : Report of the Indian Hemp Drugs Commission 1893-1894* (Inde, 1969); *The Marijuana Problem in the City of New York* (É.-U., 1973 (réimpression de l'éd. de 1944)) (le « rapport LaGuardia »); The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Task Force on Narcotics and Drug Abuse, *Task Force Report : Narcotics and Drug Abuse — Annotations and Consultants' Papers* (É.-U., 1967); *Cannabis : Report by the Advisory Committee on Drug Dependence* (Angleterre, 1968); First Report of the National Commission on Marijuana and Drug Abuse, *Marijuana : A Signal of Misunderstanding* (É.-U., 1972) (la « Commission Shafer »); *Le cannabis : Rapport de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales* (Canada, 1972) (la « Commission Le Dain »); *Cannabis : A Discussion Paper* par la Royal Commission into the Non-Medical Use of Drugs (Australie-Méridionale, 1978); Report of the National Task Force on Cannabis, *National Drug Strategy : The health and psychological consequences of cannabis use* (Australie, 1994) (« rapport Hall »).

Après un examen minutieux de la preuve et d'autres éléments d'information documentaire, le juge du procès a exposé en détail ses constatations (qui sont virtuellement identiques à celles formulées par le juge du procès dans l'affaire *Caine*). Il a ensuite dit ceci, au par. 26 :

11

12

Having said all of this, there was also general consensus among the experts who testified that the consumption of marijuana is not completely harmless.

and again, at para. 46:

. . . I believe I have amply demonstrated that the consumption of marijuana does cause harm, albeit and perhaps not as much harm as was first believed.

13

At the same time, he found that the use of marijuana offered potentially beneficial effects as well. He thought it “generally agreed” based on a number of studies that “marijuana is effective in reducing nausea and vomiting. Lowering intra-ocular pressure associated with glaucoma, and decreasing muscle spasm and spasticity. People undergoing cancer chemotherapy have found smoked marijuana to be an effective anti-nauseant — often more effective than available pharmaceutical medications. Marijuana is also smoked by thousands of Aids patients to treat the nausea and vomiting associated with both the disease and AZT drug therapy. Because it stimulates appetite, marijuana also counters HIV-related wasting allowing Aids patients to gain weight and prolong their lives” (para. 33).

14

Accordingly, in the trial judge’s view, the use of marijuana can have both harmful and beneficial effects. However, on some aspects of harm, “the jury is still out” (at para. 31):

I can only conclude from a review of these reports and the other viva voce evidence which I heard that the jury is still out respecting the actual and potential harm from the consumption of marijuana.

15

After reviewing the law and practice in a number of foreign jurisdictions, the trial judge concluded that of all the major liberal democracies outside of North America, only France and New Zealand have

[TRADUCTION] Cela dit, il existait également parmi les experts qui ont témoigné un consensus général selon lequel la consommation de marijuana n’est pas complètement inoffensive.

Puis il a ajouté, au par. 46 :

[TRADUCTION] . . . je crois avoir amplement démontré que la consommation de marijuana cause effectivement un préjudice, quoique celui-ci ne soit peut-être pas aussi grand qu’on l’avait cru initialement.

Par ailleurs, il a conclu que la consommation de marijuana pouvait aussi avoir des effets bénéfiques. Sur la foi d’un certain nombre d’études, il a estimé qu’il est [TRADUCTION] « généralement reconnu » que la « marijuana est efficace pour réduire la nausée et les vomissements, et réduire la pression intra-oculaire associée au glaucome, les spasmes musculaires et l’hypertonie spastique. Des cancéreux suivant des traitements de chimiothérapie ont constaté que la consommation de marijuana est efficace pour combattre la nausée — et se révèle souvent même supérieure aux médicaments pharmaceutiques disponibles à cette fin. Des milliers de sidatiques fument également de la marijuana pour combattre la nausée et les vomissements causés par leur maladie et les traitements à l’AZT. Parce qu’elle stimule l’appétit, la marijuana combat également le syndrome de dépérissement rattaché au VIH, ce qui permet aux sidatiques de prendre du poids et de prolonger leur vie » (par. 33).

En conséquence, de conclure le juge du procès, la consommation de marijuana peut avoir à la fois des effets néfastes et des effets bénéfiques. Toutefois, en ce qui concerne certains aspects néfastes, [TRADUCTION] « on ne peut pas encore se prononcer » (au par. 31) :

[TRADUCTION] Après examen de ces rapports et d’autres éléments de preuve présentés de vive voix à l’audience, je ne peux que conclure qu’en ce qui concerne les effets néfastes concrets de la consommation de marijuana, on ne peut pas encore se prononcer.

Après avoir examiné le droit et la pratique en la matière dans d’autres pays, le juge du procès a conclu que, parmi toutes les grandes démocraties libérales ne faisant pas partie de l’Amérique du Nord, seules

taken no measures to ease the impact of cannabis laws. Thus (at para. 13):

The national governments of Canada and the United States appear to be somewhat out of step with most of the rest of the western world.

Further, with respect to the United States, the trial judge summarized the situation as follows (at para. 19):

In Alaska, Maine, Minnesota, Mississippi, Nebraska and Oregon, possession of small amounts of marijuana is treated as a “civil violation” rather than a crime, much like minor traffic offences. In California, New York and North Carolina, possession of small amounts is deemed a misdemeanour; in Ohio it is a “minor misdemeanour” and in Colorado it is a “petty offence”.

(See E. W. Single, “At the crossroads one more time: the Impact of the ‘Decriminalization’ of cannabis in the U.S. and elsewhere”, Paper presented at the Interdisciplinary Conference on Canadian Cannabis Policy, University of Western Ontario Faculty of Law, London, Ontario, September 23, 1995, at fn. 2.)

As a result of this general survey the trial judge concluded, at para. 24:

In most of the so-called “decriminalization” areas, the possession of marijuana remains against the law, although the penalties have been eased. However, in no western country has cultivation, trafficking or possession for the purpose of trafficking been decriminalized, nor have the penalties been reduced.

Turning to the law, the trial judge accepted that potential imprisonment *does* engage s. 7, but in light of his other findings of fact he concluded that the prohibition complied with the principles of fundamental justice.

In the result, the appellant was convicted of possession of *cannabis sativa*, two counts of possession of *cannabis sativa* for the purpose of trafficking and

la France et la Nouvelle-Zélande n’ont pris aucune mesure pour atténuer les effets des mesures législatives régissant le cannabis. Il a en conséquence dit ceci, au par. 13 :

[TRADUCTION] Les gouvernements nationaux du Canada et des États-Unis semblent ne pas être tout à fait au diapason d’une partie importante du reste du monde occidental.

De plus, dans le cas des États-Unis, le juge du procès a résumé la situation ainsi, au par. 19 :

[TRADUCTION] Dans les États suivants — Alaska, Maine, Minnesota, Mississippi, Nebraska et Oregon —, la possession de petites quantités de marihuana est considérée un « manquement civil » plutôt qu’un crime, essentiellement comme les infractions mineures au code de la route. Dans les États suivants, la possession de petites quantités de marihuana est réputée une infraction mineure : Californie, New York et Caroline du Nord (« *misdemeanor* »), Ohio (« *minor misdemeanor* ») et Colorado (« *petty offence* »).

(Voir E. W. Single, « At the crossroads one more time : the Impact of the “Decriminalization” of cannabis in the U.S. and elsewhere », Communication présentée à l’occasion de l’Interdisciplinary Conference on Canadian Cannabis Policy, University of Western Ontario Faculty of Law, London (Ontario), le 23 septembre 1995, note 2.)

Au terme de cet examen général, le juge du procès a tiré la conclusion suivante, au par. 24 :

[TRADUCTION] Dans la plupart des zones dites de « décriminalisation », la possession de marihuana demeure illégale, bien qu’on ait assoupli les sanctions. Toutefois, aucun pays occidental n’a décriminalisé la culture de cette substance, son trafic ou sa possession en vue d’en faire le trafic, ni allégé les peines applicables à ces infractions.

Se penchant ensuite sur le droit applicable, le juge du procès a accepté que le fait d’être passible d’une peine d’emprisonnement fait *effectivement* intervenir l’art. 7. Cependant, compte tenu de ses autres conclusions de fait, il a estimé que l’interdiction respectait les principes de justice fondamentale.

En définitive, l’appelant a été déclaré coupable de possession de *cannabis sativa*, de deux chefs de possession de *cannabis sativa* en vue d’en faire le

16

17

18

19

one count of trafficking in *cannabis sativa*. The appellant was sentenced to a \$750 fine and a period of probation.

2. *Ontario Court of Appeal* (2000), 49 O.R. (3d) 577

20

On the issue of harm associated with the use of marihuana for non-medical purposes, Rosenberg J.A. summarized his view of the evidence in this case as follows:

In the companion case of *R. v. Clay*, I have reviewed at greater length the state's objectives in prohibiting marihuana. First, the state has an interest in protecting against the harmful effects of use of that drug. Those include bronchial pulmonary harm to humans; psychomotor impairment from marihuana use leading to a risk of automobile accidents and no simple screening device for detection; possible precipitation of relapse in persons with schizophrenia; possible negative effects on [the] immune system; possible long-term negative cognitive effects in children whose mothers used marihuana while pregnant; possible long-term negative cognitive effects in long-term users; and some evidence that some heavy users may develop a dependency. The other objectives are: to satisfy Canada's international treaty obligations and to control the domestic and international trade in illicit drugs.

(*R. v. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at para. 143)

21

The Ontario Court of Appeal was of the view that the use of intoxicants, including marihuana, in the privacy of one's home is not a fundamental aspect of personal autonomy and human dignity such as to engage the liberty or security interests protected by s. 7 of the *Charter*. As to the potential deprivation of liberty through imprisonment, Rosenberg J.A. accepted for the purpose of the appeal that there was a harm principle to the effect that prohibited activities must present at least a reasoned apprehension of harm to other individuals or society before they can be the subject of a criminal prohibition. Nevertheless, even on that basis, the Crown had established a reasoned apprehension of harm

trafic et d'un chef de trafic de *cannabis sativa*. Il a été condamné à une amende de 750 \$ et à une période de probation.

2. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 49 O.R. (3d) 577

Sur la question des effets préjudiciables liés à la consommation de marihuana à des fins non médicales, voici comment le juge Rosenberg a résumé son appréciation de la preuve dans la présente affaire :

[TRADUCTION] Dans l'affaire connexe *R. c. Clay*, j'ai examiné plus en profondeur les objectifs que vise l'État en interdisant la marihuana. Tout d'abord, l'État a intérêt à protéger la population contre les effets néfastes de la consommation de cette drogue. Il s'agit notamment des affections broncho-pulmonaires chez les humains; l'affaiblissement des facultés psychomotrices causé par la consommation de la marihuana, qui entraîne des risques d'accidents d'automobiles et qu'aucun mécanisme simple ne permet de détecter; le déclenchement possible de rechutes chez les personnes souffrant de schizophrénie; les effets néfastes pour le système immunitaire; les effets néfastes à long terme sur les capacités cognitives des enfants dont les mères ont consommé de la marihuana pendant la grossesse; les possibles effets négatifs à long terme sur les capacités cognitives des consommateurs chroniques et certaines preuves indiquant que les grands consommateurs peuvent développer une dépendance. Les autres objectifs sont les suivants : le respect des obligations découlant des traités internationaux auxquels le Canada est partie et la lutte contre le commerce intérieur et international des drogues illicites.

(*R. c. Parker* (2000), 146 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), par. 143)

La Cour d'appel de l'Ontario a exprimé l'avis que le fait de consommer des substances intoxicantes, y compris de la marihuana, dans l'intimité de son foyer ne constitue pas un aspect fondamental de l'autonomie personnelle et de la dignité humaine de l'individu qui ferait entrer en jeu le droit à la liberté et à la sécurité que garantit l'art. 7 de la *Charte*. Pour ce qui est de la privation de liberté que causerait l'emprisonnement, le juge Rosenberg a accepté, pour les besoins de l'appel, l'existence d'un principe du préjudice portant que les activités prohibées doivent présenter à tout le moins une crainte raisonnée de préjudice à autrui ou à la société pour que le Parlement soit fondé à les interdire au moyen de



associated with marihuana use that was neither insignificant nor trivial. In light of the findings of fact of the trial judge it could not be said that Parliament lacked a rational basis for the marihuana prohibition, nor was the legislation arbitrary or unfair, or otherwise inconsistent with the principles of fundamental justice.

The Crown had proved that the substance found in the appellant's possession was marihuana as listed in the schedule and a narcotic within the meaning of the NCA. His appeal was therefore dismissed.

#### IV. Constitutional Questions

On October 19, 2001, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does prohibiting possession of *cannabis sativa* for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?
3. Is the prohibition on the possession of *cannabis sativa* for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?

mesures législatives de nature pénale. Néanmoins, même au regard de ce principe, le ministère public a pu établir l'existence d'une crainte raisonnée de préjudice liée à la consommation de marihuana, crainte qui n'était ni insignifiante ni négligeable. À la lumière des conclusions de fait du juge du procès, il était impossible d'affirmer que la décision du Parlement d'interdire la marihuana était sans fondement rationnel, ni que les dispositions législatives étaient arbitraires, injustes ou autrement incompatibles avec les principes de justice fondamentale.

Le ministère public avait prouvé que la substance trouvée en la possession de l'appellant était de la marihuana, qui est énumérée à l'annexe et un stupéfiant au sens de la Loi. L'appel a donc été rejeté.

#### IV. Les questions constitutionnelles

Le 19 octobre 2001, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Chanvre indien (*cannabis sativa*) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?
3. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Chanvre indien (*cannabis sativa*) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — relève de la compétence législative du Parlement du Canada en tant que règle de droit édictée soit en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, soit en vertu du pouvoir de légiférer sur le droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit en vertu d'un autre pouvoir?

22

23

## V. Analysis

24 This appeal was heard together with *Malmo-Levine* and *Caine*, and the appellant's principal arguments against the constitutional validity of the prohibition against possession of marihuana are dealt with in the reasons released concurrently in those appeals.

25 There remain three branches to the appellant's argument that have survived into this Court and which were not advanced in *Malmo-Levine* and *Caine*.

26 Firstly, he says the principles of fundamental justice are violated by criminalizing any activity that is no more than an exercise of personal autonomy in the privacy of the home unless the Crown can show that the criminalized activity causes substantial harm to society. Further, he says that

[w]hile a reasonable apprehension of a "not insignificant" or "not trivial" harm may suffice to justify a regulatory prohibition on the personal and private consumption of a substance, it is not constitutionally adequate for justifying the use of incarceration and the imposition of a criminal record to deter such consumption. [Emphasis added.]

This is similar to the s. 7 argument in *Malmo-Levine* and *Caine* but the appellant in this case puts more emphasis on the privacy aspect (the "privacy argument").

27 Secondly, he contends that the prohibition, if valid, is nevertheless "overbroad". While "the Crown's expert estimates that there are only about 30,000 chronic users in Canada for whom there is some risk of harm, the criminal prohibition has adversely impacted upon no less than 600,000 Canadians" who have criminal records for simple possession of marihuana. A more carefully tailored prohibition would therefore serve Parliament's purpose, and a needlessly broad

## V. L'analyse

Le présent pourvoi et les pourvois *Malmo-Levine* et *Caine* ont été entendus ensemble et, dans les motifs déposés simultanément dans ces pourvois, notre Cour s'est prononcée sur les principaux arguments invoqués par l'appelant à l'encontre de la validité constitutionnelle de l'interdiction visant la possession de marihuana.

Nous allons examiner les trois arguments que continuent de soulever l'appelant et qui n'ont pas été plaidés dans les affaires *Malmo-Levine* et *Caine*.

Premièrement, l'appelant prétend que porte atteinte aux principes de justice fondamentale le fait de criminaliser toute activité qui ne constitue rien de plus que l'exercice par l'intéressé de son autonomie personnelle dans l'intimité de son foyer, sauf si le ministère public peut démontrer que l'activité criminalisée cause un préjudice substantiel à la société. Il affirme en outre ceci :

[TRADUCTION] Bien qu'une crainte raisonnable de subir un préjudice « non insignifiant » ou « non négligeable » puisse suffire, dans un cadre réglementaire, pour justifier d'interdire la consommation personnelle et privée d'une substance, elle n'est pas suffisante, sur le plan constitutionnel, pour justifier le recours à l'incarcération et l'établissement d'un casier judiciaire pour décourager ce genre de consommation. [Nous soulignons.]

Cet argument est similaire à celui fondé sur l'art. 7 présenté dans les affaires *Malmo-Levine* et *Caine*, mais en l'espèce l'appelant insiste davantage sur l'aspect lié au respect de la vie privée (l'argument relatif au « respect de la vie privée »).

Deuxièmement, l'appelant prétend que, même si elle est valide, l'interdiction a néanmoins une « portée excessive ». Bien que [TRADUCTION] « l'expert du ministère public estime qu'il y a, au Canada, environ seulement 30 000 consommateurs chroniques à l'égard desquels il existe un certain risque de préjudice, l'interdiction criminelle a eu des effets négatifs sur au moins 600 000 Canadiens », qui ont des casiers judiciaires parce qu'ils ont été reconnus coupables de simple

prohibition is unconstitutional (the “overbreadth argument”).

Thirdly, he contends that the reference to *cannabis sativa* in the schedule to the NCA should be interpreted and construed so as not to criminally prohibit the possession of plants (or other substances) which have no psychoactive effects and are used exclusively as an industrial product (hemp). If the prohibition is thus read down, he says, the Crown should bear the burden in any prosecution of proving that a seized substance has a threshold level of the intoxicating component (THC) to establish that the substance in issue is psychoactive or intoxicating and is not purely an industrial product (the “statutory interpretation argument”).

We will address each of these arguments in turn.

### 1. *The Privacy Argument*

The appellant says that “a personal decision to intoxicate themselves in private using cannabis instead of other more harmful, lawful intoxicants” is an activity protected by s. 7 of the *Charter*. He puts the point this way:

While not constitutionally enshrined, the personal and private nature of the activity demands more than a “not insignificant” amount of harm before it can be criminalized.

Reliance is placed by the appellant on the observations of La Forest J. that “privacy is at the heart of liberty in a modern state” (*R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427) and that “the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter* protects within its ambit the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference” (*Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66). However this “privacy” aspect of s. 7 relates to “inherently private choices” of fundamental personal importance. It was invoked by Wilson J.,

possession de marihuana. Une interdiction mieux conçue pourrait donc permettre la réalisation des objectifs du Parlement, alors qu’une interdiction inutilement large est inconstitutionnelle (l’argument fondé sur la « portée excessive »).

Troisièmement, l’appelant prétend qu’il faudrait considérer que le terme *cannabis sativa* à l’annexe de la Loi n’a pas pour effet d’interdire, sur le plan criminel, la possession de plants (ou d’autres substances) qui n’ont aucun effet psychoactif et sont utilisés exclusivement à titre de produits industriels (chanvre). Si une telle interprétation atténuante est donnée à la prohibition, affirme-t-il, le ministère public aurait alors dans toute poursuite le fardeau de prouver que la substance saisie contient une concentration minimale de l’élément intoxicant (THC), afin d’établir qu’il s’agit d’une substance psychoactive ou intoxicante et non d’un simple produit industriel (l’argument fondé sur l’« interprétation des lois »).

Nous allons examiner chacun de ces arguments à tour de rôle.

### 1. *L’argument relatif au respect de la vie privée*

L’appelant affirme que [TRADUCTION] « la décision personnelle de s’intoxiquer en privé en consommant du cannabis plutôt que d’autres substances intoxicantes plus nocives mais licites » est une activité protégée par l’art. 7 de la *Charte*. Voici comment il exprime la chose :

[TRADUCTION] L’activité concernée n’est pas constitutionnalisée, mais, en raison de sa nature personnelle et privée, il faut davantage qu’un préjudice « non insignifiant » pour que cette activité puisse être criminalisée.

L’appelant invoque les observations du juge La Forest selon lesquelles « la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne » (*R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427) et « la protection du droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte* s’étend au droit à une sphère irréductible d’autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l’État » (*Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66). Toutefois, cet aspect « privé » de l’art. 7 s’entend de « décisions intrinsèquement

28

29

30

31

speaking for herself only, to include “the decision of a woman to terminate her pregnancy” in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 171. La Forest J., for a plurality in *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 83, spoke in this regard of “the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care”. In *Godbout, supra*, he extended the “irreducible sphere of personal autonomy” (para. 66) to include “the intensely personal considerations that often inform an individual’s decision as to where to live” (para. 67), but six of the nine judges who decided the appeal did not join in that opinion. What stands out from these references, we think, is that the liberty right within s. 7 is thought to touch the core of what it means to be an autonomous human being blessed with dignity and independence in “matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal” (*Godbout*, at para. 66).

privées » d’une importance fondamentale pour la personne. S’exprimant uniquement en son propre nom, la juge Wilson a affirmé qu’il visait « la décision que prend une femme d’interrompre sa grossesse » (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 171). S’exprimant au nom d’une pluralité de juges dans l’arrêt *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 83, le juge La Forest a mentionné à ce sujet « les droits d’éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux ». Dans l’arrêt *Godbout*, précité, le juge La Forest a élargi la « sphère irréductible d’autonomie personnelle » (par. 66) aux « considérations extrêmement personnelles qui déterminent souvent le choix du lieu où une personne décide de vivre » (par. 67), mais six des neuf juges qui ont statué sur ce pourvoi n’ont pas souscrit à cette opinion. Il ressort selon nous de ces diverses citations que le droit à la liberté prévu à l’art. 7 est considéré comme un droit touchant à l’essence même de ce que signifie le fait d’être une personne humaine autonome dotée de dignité et d’indépendance eu égard aux « sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d’essentiellement personnels » (*Godbout*, par. 66).

32

With respect, there is nothing “inherently personal” or “inherently private” about smoking marihuana for recreation. The appellant says that users almost always smoke in the privacy of their homes, but that is a function of lifestyle preference and is not “inherent” in the activity of smoking itself. Indeed, as the appellant together with Malmo-Levine and Caine set out in their Joint Statement of Legislative Facts, cannabis “is used predominantly as a social activity engaged in with friends and partners during evenings, weekends, and other leisure time” (para. 18). The trial judge was impressed by the view expressed by the defence expert, Dr. J. P. Morgan, that marihuana is largely used for occasional recreation. Reference might also be made on this point to a case under the *European Convention on Human Rights* decided recently by the English courts under the *Human Rights Act 1998* (U.K.). In *R. v. Morgan*, [2002] E.W.J. No. 1244 (QL), [2002] EWCA Crim

En toute déférence, fumer de la marihuana à des fins récréatives n’a rien d’« essentiellement personnel » ou d’« intrinsèquement privé ». L’appelant dit que les consommateurs fument pratiquement toujours dans l’intimité de leur foyer, mais ce choix est l’expression d’une préférence dans leur mode de vie et n’est pas « essentiel » à l’activité de fumer elle-même. De fait, comme l’affirment l’appelant ainsi que MM. Malmo-Levine et Caine dans leur exposé conjoint des faits législatifs, [TRADUCTION] « le cannabis est consommé principalement à l’occasion d’activités sociales avec des amis et des conjoints le soir, la fin de semaine et à d’autres moments libres » (par. 18). L’opinion exprimée par l’expert de la défense, le D<sup>r</sup> J. P. Morgan, selon laquelle la marihuana est surtout consommée de façon occasionnelle à des fins récréatives, a fait impression sur le juge de première instance. Sur ce point, on peut également se reporter à une décision portant sur l’application de la *Convention européenne des droits de*

721, the English Court of Criminal Appeal observed, at para. 11, that:

A right to private life did not involve or include a right to self intoxication, nor the right to possession or cultivation of cannabis, whether for personal consumption within one's home or otherwise.

See also *R. v. Ham*, [2002] E.W.J. No. 2551 (QL), [2002] EWCA Crim 1353. Recreational smoking is not on a par with other activities that have been held to go to the heart of an individual's private existence.

We do not think that the more general lifestyle argument, which we considered and rejected in *Malmo-Levine* and *Caine*, gains any strength by the appellant Clay's invocation of privacy rights.

## 2. *The Overbreadth Argument*

The appellant says that Parliament's general prohibition against marijuana throws the net too broadly and ensnares vastly more users who have "not really done anything wrong" in an effort (largely ineffective, he says) to prevent harm to a small percentage of chronic users.

Overbreadth is a concept that is relevant both to consideration of an infringement of a *Charter* right (here s. 7) and, if a *prima facie* infringement is found too, the assessment of the proffered s. 1 justification.

In its application under s. 1 of the *Charter*, overbreadth fits comfortably under the "minimal impairment branch" of the *Oakes* test: see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 629. In s. 1, of course, the Court is examining an encroachment on constitutionally protected conduct. A protected *Charter* right or freedom will already have been found to be infringed, and the s. 1 issue is whether the infringe-

*l'homme* rendue récemment par un tribunal anglais en application de la *Human Rights Act 1998* (R.-U.). Dans l'arrêt *R. c. Morgan*, [2002] E.W.J. No. 1244 (QL), [2002] EWCA Crim 721, la Court of Criminal Appeal d'Angleterre a fait l'observation suivante, au par. 11 :

[TRADUCTION] Le droit à la vie privée n'emporte pas le droit de s'intoxiquer volontairement, ni celui de posséder ou de cultiver du cannabis, peu importe que ce soit pour le consommer personnellement chez soi ou non.

Voir également *R. c. Ham*, [2002] E.W.J. No. 2551 (QL), [2002] EWCA Crim 1353. La consommation à des fins récréatives n'est pas comparable aux autres activités considérées fondamentales à la vie privée d'un individu.

À notre avis, le fait d'invoquer le droit au respect de la vie privée ne renforce d'aucune façon l'argument plus général relatif au mode de vie, que nous avons examiné et rejeté dans les affaires *Malmo-Levine* et *Caine*.

## 2. *L'argument fondé sur la portée excessive*

L'appellant affirme que l'interdiction générale dont le Parlement frappe la possession de marijuana a pour effet de tendre un filet beaucoup trop large et de prendre dans ses mailles un nombre beaucoup trop grand de consommateurs qui [TRADUCTION] « n'ont vraiment rien fait de mal », et ce dans une tentative (largement inefficace à son avis) visant à protéger de certains effets préjudiciables un faible pourcentage de consommateurs chroniques.

La portée excessive est une notion pertinente à la fois pour déterminer s'il y a eu atteinte à un droit garanti par la *Charte* (en l'espèce par l'art. 7) et, si une atteinte *prima facie* est constatée, pour décider du bien-fondé de la justification invoquée.

Appliquée dans l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*, cette notion s'inscrit bien dans le « volet atteinte minimale » du critère énoncé dans *Oakes* : voir *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 629. Évidemment, dans l'application de l'article premier, le tribunal examine une atteinte à une activité protégée par la Constitution. Dans un tel cas, comme le tribunal a au préalable conclu à l'existence d'une atteinte à

33

34

35

36

ment is a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society. In the reasons set out in *Malmo-Levine* and *Caine*, we have concluded that using marihuana is not, as such, a constitutionally protected activity. Thus, overbreadth in its s. 1 aspect is not engaged in this case.

- 37 The analysis of overbreadth in relation to s. 7 was considered in *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 793, where Cory J. observed that:

The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate.

- 38 Overbreadth in that respect addresses the potential infringement of fundamental justice where the adverse effect of a legislative measure on the individuals subject to its strictures is *grossly* disproportionate to the state interest the legislation seeks to protect. Overbreadth in this aspect is, as Cory J. pointed out, related to arbitrariness. In *Heywood*, he went on to note, at p. 793:

In analyzing a statutory provision to determine if it is overbroad, a measure of deference must be paid to the means selected by the legislature. While the courts have a constitutional duty to ensure that legislation conforms with the *Charter*, legislatures must have the power to make policy choices.

- 39 The appropriate degree of deference referred to in *Heywood* is built into the applicable standard of “gross disproportionality”, as explained in *Malmo-Levine* and *Caine*. We do not believe that the prohibition on marihuana use is grossly disproportionate to the state interest in avoiding harm to users and others caused by marihuana consumption. We earlier referred to the trial judge’s findings of fact in terms of harm. While those findings are moderate and measured, and emphasize that “the jury is still out” in some respects, they nevertheless identify a

un droit ou à une liberté garanti par la *Charte*, il se demande alors si cette atteinte constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Dans les motifs énoncés dans les arrêts *Malmo-Levine* et *Caine*, nous avons conclu que la consommation de marihuana n’est pas, en soi, une activité protégée par la Constitution. Par conséquent, en tant qu’aspect de l’analyse fondée sur l’article premier, le critère de la portée excessive ne joue pas en l’espèce.

Traitant du critère de la portée excessive dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 7 dans l’arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, le juge Cory a fait la remarque suivante, à la p. 793 :

Lorsqu’une loi a une portée excessive, il s’ensuit qu’elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.

Dans ce contexte, la portée excessive s’attache aux atteintes potentielles à la justice fondamentale lorsque l’effet préjudiciable d’une mesure législative sur les personnes qu’elle touche est *exagérément* disproportionné par rapport à l’intérêt général que le texte de loi tente de protéger. À cet égard, comme l’a souligné le juge Cory, la portée excessive est liée au caractère arbitraire. Le juge Cory a ajouté ce qui suit dans l’arrêt *Heywood*, p. 793 :

Lorsqu’on analyse une disposition législative pour déterminer si elle a une portée excessive, il y a lieu de faire preuve de retenue à l’égard des moyens choisis par le législateur. Bien que les tribunaux aient l’obligation constitutionnelle de veiller à ce qu’une loi soit compatible avec la *Charte*, le législateur doit avoir le pouvoir de faire des choix de principe.

Comme nous l’expliquons dans les affaires *Malmo-Levine* et *Caine*, le degré approprié de déférence évoqué dans *Heywood* est intégré à la norme applicable en matière de « disproportion exagérée ». Nous ne croyons pas que l’interdiction frappant la consommation de marihuana est exagérément disproportionnée à l’intérêt qu’a l’État à empêcher la consommation de marihuana de causer préjudice aux consommateurs et à autrui. Nous nous sommes reportés précédemment aux conclusions de fait du juge du procès à l’égard du préjudice. Bien que ces

state interest which Parliament is entitled to protect.

As to the argument that the prohibition is overly broad because it includes smokers who have “not really done anything wrong”, there is no doubt that Parliament intended a complete prohibition and that is what it enacted. The evidence indicated that a narrower prohibition would not be effective because the members of at least some of the vulnerable groups and chronic users could not be identified in advance. In any event, the effects of a psychoactive drug like marihuana on users in the acute phase, where for example operation of motor vehicles or other complex machinery by *any* user constitutes a public danger (which to some extent is more problematic than alcohol intoxication because of the absence of a simple and effective screening device for detection), lay a rational basis for extending the prohibition to all users should Parliament consider it good public policy to do so. Accordingly, we do not accept the appellant’s view that the marihuana prohibition exhibits a degree of overbreadth that violates his s. 7 entitlement to fundamental justice.

### 3. *The Statutory Interpretation Argument*

The appellant argues that the statutory classification of *cannabis sativa* includes plants that produce nothing but non-intoxicating industrial hemp. Such plants are not harmful and Parliament, he says, cannot have intended their prohibition.

It is common ground that the intoxicating (or psychoactive) component of *cannabis sativa* is *tetrahydrocannabinol* (THC). The Crown, the appellant argues, is required to prove that a particular seized substance not only tests as *cannabis sativa* but has intoxicating (or psychoactive) properties, which the appellant says requires proof in every case of a THC content of at least 0.3 percent.

conclusions soient modérées et mesurées, et que le juge insiste sur le fait qu’« on ne peut pas encore se prononcer » sur certains aspects, elles reconnaissent néanmoins l’intérêt général que le Parlement est en droit de protéger.

Quant à l’argument selon lequel l’interdiction a une portée excessive parce qu’elle vise des fumeurs qui « n’ont vraiment rien fait de mal », il ne fait aucun doute que le Parlement a voulu que l’interdiction soit complète et c’est ainsi qu’il a disposé. La preuve indiquait qu’une interdiction limitée ne serait pas efficace, du fait qu’il est impossible d’identifier à l’avance au moins certains groupes vulnérables ou consommateurs chroniques. Quoi qu’il en soit, les effets de la consommation d’une drogue psychoactive comme la marihuana sur les consommateurs en phase aiguë — par exemple dans les cas où *tout* consommateur conduisant un véhicule à moteur ou faisant fonctionner un autre appareil complexe constitue un danger pour le public (situation qui, jusqu’à un certain point, suscite plus de problèmes que l’état d’ivresse, du fait qu’il n’existe pas d’instrument de détection simple et efficace) — établissent un fondement rationnel justifiant d’assujettir tous les consommateurs à cette interdiction, si le Parlement estime qu’il est dans l’intérêt public d’agir ainsi. Par conséquent, nous rejetons l’argument de l’appellant selon lequel la portée de l’interdiction visant la marihuana est excessive et viole de ce fait le droit à la justice fondamentale que lui garantit l’art. 7.

### 3. *L’argument fondé sur l’interprétation des lois*

L’appellant plaide que la description du *cannabis sativa* vise des plantes qui ne produisent que du chanvre industriel non intoxicant. Ces plantes ne sont pas nocives et, affirme-t-il, le Parlement n’a pu vouloir qu’elles soient visées par l’interdiction.

Il est notoire que le composant intoxicant (ou psychoactif) du *cannabis sativa* est le *tétrahydrocannabinol* (THC). L’appellant prétend que le ministre public est tenu de prouver que la substance saisie est non seulement du *cannabis sativa* mais aussi qu’elle possède des propriétés intoxicantes (ou psychoactives), lesquelles selon lui requièrent dans chaque cas la preuve que la concentration en THC s’élève à au moins 0,3 pour 100.

40

41

42

43 In our view this argument is justified neither on the facts nor on the law.

(a) The Factual Basis

44 The statutory text does not refer to THC content. The appellant's proposal of 0.3 percent THC is taken from a level established for government licences to industrial growers who are required to destroy plant material that exceeds the 0.3 percent threshold. It is also the upper limit for industrial *cannabis* under European Union regulations.

45 In fact, it appears that THC is a component found in varying percentages of both industrial hemp and psychoactive marijuana. There is a "low intoxicant" strain (or subspecies) and there is a "high intoxicant" strain (or subspecies) and the dividing line is arbitrary according to the government scientist who proposed the standard. His cross-examination disclosed the following:

Q. You determined that one subspecies was very rich in THC, but very weak in cannabidiol, right?

A. Yes.

Q. And, that subspecies tended to correspond with the high intoxicant species?

A. Yes.

Q. And, you also referred to that in your publication as the 'drug pheno type'?

A. Yes.

Q. And, you referred to it as such because only strains of cannabis containing a sufficiently high concentration of THC was suitable for the preparation of cannabis drugs?

A. Correct.

Q. The other subspecies that you identified, or defined, was rich in cannabidiol, but weak in THC?

A. Correct.

À notre avis, ni les faits ni le droit n'étaient cet argument.

a) Le fondement factuel

Le texte de loi ne parle pas de la concentration de THC. La teneur de 0,3 pour 100 en THC que propose l'appelant correspond à celle établie à l'égard des permis délivrés par le gouvernement aux exploitants de cultures industrielles, qui sont tenus de détruire tout végétal excédant cette limite. Cette limite correspond également au pourcentage maximal prévu par la réglementation pertinente de l'Union européenne à l'égard du *cannabis* industriel.

En réalité, il semble que le THC soit un composant que l'on retrouve en concentrations diverses tant dans le chanvre industriel que dans la marijuana psychoactive. Il existe une souche (ou sous-espèce) [TRADUCTION] « faiblement intoxicante » et une autre souche (ou sous-espèce) « fortement intoxicante », et cette ligne de démarcation est arbitraire d'après le scientifique du gouvernement qui a proposé la norme. Voici ce qu'a révélé son contre-interrogatoire à cet égard :

[TRADUCTION]

Q. Vous avez déterminé qu'il existe une sous-espèce très riche en THC, mais très pauvre en cannabidiol, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Et que cette sous-espèce tend à correspondre à l'espèce fortement intoxicante?

R. Oui.

Q. Et vous décrivez également ce point dans vos travaux comme étant le « phénotype de la drogue »?

R. Oui.

Q. Et vous en parlez de la sorte parce que seules les souches de cannabis qui contiennent une forte concentration de THC se prêtent à la préparation de drogues à base de cannabis?

R. Exact.

Q. L'autre sous-espèce que vous avez identifiée, ou définie, était riche en cannabidiol, mais faible en THC?

R. Exact.



Q. And, that corresponded to the low intoxicant subspecies?

A. Correct. [Emphasis added.]

The source of this evidence was Dr. Ernest Small, a senior and widely published scientist with Agriculture Canada and author of a two-volume work entitled *The Species Problem in Cannabis: Science & Semantics* (1979). He explained that the plant genus is *cannabis* and the species is *cannabis sativa*. Within the species, further subclassifications can be made to highlight what are thought to be useful attributes. The usefulness of the classification depends on the use to which it is put. However, in terms of botanical classification there is no clear distinction between “high intoxicant” and “low intoxicant” plants. As was explained at trial, different attributes such as THC content are developed simply “by selection”

the same way you breed for any attribute, fast race horses, sweet tasting fruit, any attribute, you just select out, you grow a large number of different kinds, you test for variation, select out those that have the attributes desired and keep selecting from their progeny.

Based on his collection of hundreds of cannabis plants gathered worldwide, Dr. Small concluded that plants growing naturally in areas north of 30 degrees latitude tend to be fibrous and low in THC, thus labelled as “low intoxicant subspecies”. Plants collected further south were higher in THC and less suitable as a source of industrial fibre. However Dr. Small, who seems to have originated the 0.3 percent THC cut-off, denied that this benchmark was suitable to “evaluate the potential harm to society”. In cross-examination he said:

Q. Et elle correspond à la sous-espèce faiblement intoxicante?

R. Exact. [Nous soulignons.]

L’auteur de ce témoignage est le D<sup>r</sup> Ernest Small, scientifique chevronné d’Agriculture Canada comptant de nombreuses publications à son actif, notamment un ouvrage en deux volumes intitulé *The Species Problem in Cannabis : Science & Semantics* (1979). Il a expliqué que le *cannabis* constitue le genre végétal et le *cannabis sativa* l’espèce. À l’intérieur de cette espèce, il est possible d’établir d’autres sous-catégories mettant en évidence des caractéristiques considérées utiles. L’utilité de la classification dépend de l’usage qu’on en fait. Toutefois, du point de vue de la classification botanique, aucune distinction nette n’est faite entre les plantes [TRADUCTION] « fortement intoxicantes » et celles [TRADUCTION] « faiblement intoxicantes ». Pour reprendre l’explication fournie au procès, les diverses caractéristiques, par exemple la teneur en THC, sont élaborées simplement « par sélection »

[TRADUCTION] de la même manière qu’on améliore génétiquement des plantes ou des animaux pour obtenir une caractéristique quelconque — chevaux de course rapides, fruits sucrés, n’importe quelle caractéristique — on procède simplement par sélection, on cultive un grand nombre de sortes différentes, on vérifie s’il y a variation, on choisit les sujets qui possèdent les caractéristiques désirées et on continue la sélection parmi leur descendance.

À partir de sa collection de centaines de plants de cannabis venant de diverses régions du monde, le D<sup>r</sup> Small a conclu que les plants qui poussent naturellement au nord du 30<sup>e</sup> degré de latitude ont tendance à être fibreux, faible en THC et en conséquence à être désignés comme étant une [TRADUCTION] « sous-espèce faiblement intoxicante ». Les plants recueillis plus au sud possédaient une concentration plus élevée de THC et étaient moins utiles comme sources de fibre industrielle. Toutefois, le D<sup>r</sup> Small, qui semble être à l’origine de cette valeur limite de 0,3 pour 100 de THC, a rejeté l’idée que ce point de référence convenait pour [TRADUCTION] « évaluer le préjudice potentiel pour la société ». Il a dit ceci en contre-interrogatoire :

46

47

... in and of itself, that [0.3 percent THC cut-off] was not a sufficient criterion to evaluate the potential harm to society, that there were a number of other related considerations that were essential.

[TRADUCTION] ... en soi, cette [valeur limite de 0,3 pour 100 de THC] n'était pas un critère suffisant pour évaluer le préjudice potentiel pour la société, il existe plusieurs autres considérations connexes essentielles.

... I have advised various parties that, in the context of growing cannabis in Canada, the 0.3 percent criterion was one reasonable guideline, but that there were other considerations that bore on the issue of the circumstances under which people would be permitted to grow cannabis or not.

... j'ai avisé divers intéressés que, dans le contexte de la culture de cannabis au Canada, le critère du 0,3 pour 100 est une référence raisonnable, mais qu'il existe d'autres considérations touchant à la question de savoir dans quelles circonstances les gens pourraient être autorisés ou non à cultiver du cannabis.

48

While the trial judge did not make a specific finding on this point, he was generally accepting of the evidence of the Crown expert, Dr. Harold Kalant, who testified that with much puffing some intoxicating effect would be produced by 0.1 percent THC. A defence witness, Dr. J. P. Morgan, would have raised the required THC level to 0.5 percent. However, we too are not required to reach a conclusion on this point.

Le juge du procès n'a pas tiré de conclusion précise sur ce point, mais il a accepté de façon générale le témoignage de l'expert du ministère public, le D<sup>r</sup> Harold Kalant, qui a témoigné qu'une concentration de 0,1 pour 100 de THC produirait un certain effet intoxicant après de nombreuses inhalations. Un témoin de la défense, le D<sup>r</sup> J. P. Morgan, estimait quant à lui la concentration requise de THC à 0,5 pour 100. Toutefois, nous n'avons pas nous non plus à nous prononcer sur ce point.

49

The appellant's attempt to "read into" the NCA a THC threshold based on Parliament's *presumed* intent encounters numerous obstacles. Foremost among them is the impracticality of attempting to enforce such a prohibition. Dr. Small testified that THC levels vary "quite a bit" in different parts of the plant, vary through the life-cycle of the plant, vary with the season, and will even vary in a "minor" way throughout the day. Moreover, the "THC levels are often undeveloped in high THC strains of cannabis when they are very young".

La tentative de l'appelant d'« incorporer par interprétation » à la Loi une concentration limite de THC à partir de l'intention *présumée* du Parlement se heurte à de nombreux obstacles. Le plus important est l'impossibilité pratique de faire respecter une telle interdiction. Le D<sup>r</sup> Small a indiqué dans son témoignage que les concentrations de THC varient [TRADUCTION] « de façon importante » selon les différentes parties du plant, selon la phase du cycle de vie du plant, selon la saison et même « légèrement » selon le moment de la journée. En outre, [TRADUCTION] « les concentrations de THC sont souvent non développées dans les souches de cannabis à forte teneur en THC lorsque les plants sont très jeunes ».

50

Dr. Small further testified that despite decades of working with *cannabis sativa*, he could not tell from its appearance whether a young plant was a "high intoxicant" or "low intoxicant" plant:

Le D<sup>r</sup> Small a également témoigné que, malgré des dizaines d'années de travail sur le *cannabis sativa*, il était incapable de dire, selon l'apparence d'un jeune plant, s'il s'agissait d'un plant [TRADUCTION] « fortement intoxicant » ou « faiblement intoxicant » :

Q. . . . If someone were to hand you a random cannabis plant, would you, speaking as an expert, be able to

[TRADUCTION] Q. . . . Si quelqu'un vous apportait un plant de cannabis choisi au hasard, seriez-vous capable,

say with any certainty, that random plant had [high] THC or low THC content?

A. No.

The appellant acknowledges that “it would have been difficult, if not impossible, to determine the intoxicating potential of the seedlings sold by the Appellant as the THC was still in a developmental stage”. He goes on to say that it is scientifically possible to run a chemical analysis which could determine if a particular seedling will be of a fibre strain or an intoxicant strain based on the ratio between the existing THC and the existing CBD (cannabidiol). This ratio remains fixed throughout the lifespan of the plant. However, the possibility of using such a test was put to Dr. Small and he replied that for all practical purposes the cost of such testing, in the ordinary administration of the NCA, would be “prohibitive”. As a matter of statutory interpretation it is not reasonable to attribute to Parliament an intent to establish such an impractical regime so inimical to its overall purpose.

It seems clear, as Rosenberg J.A. pointed out, that there is a rational basis for Parliament to prohibit all *cannabis sativa* to effectively control the harm from psychoactive cannabis. The evidence provides no basis for concluding that “reading in” a THC threshold would carry out rather than undermine achievement of Parliament’s intent.

(b) The Legal Basis

The appellant’s legal submission is that the NCA should not be interpreted to prohibit the possession of plants (or other substances) that have no psychoactive effects and are used exclusively as industrial products. This aspect of his argument is not based on a constitutional objection. The appellant simply contends that it is “unreasonable to conclude that the *Narcotic Control Act* was intended to apply to *non-intoxicating substances*” (emphasis in original).

en votre qualité d’expert, de dire de façon assez certaine si ce plant choisi au hasard a une forte teneur en THC ou une faible teneur en THC?

R. Non.

L’appellant admet qu’[TRADUCTION] « il aurait été difficile, voire impossible de déterminer le potentiel d’intoxication des semis vendus par [lui], puisque le THC était encore en développement ». Il poursuit en affirmant qu’il est scientifiquement possible, au moyen d’une analyse chimique, de déterminer si un semis donné est de souche fibreuse ou intoxicante en mesurant le ratio entre sa concentration de THC et sa concentration de CBD (cannabidiol). Ce ratio reste le même pendant toute la durée de vie du plant. Cependant, interrogé sur la possibilité d’avoir recours à ce genre d’analyse, le D<sup>r</sup> Small a répondu que la réalisation de telles analyses dans l’application courante de la Loi entraînerait dans la pratique des dépenses [TRADUCTION] « exorbitantes ». Sur le plan de l’interprétation des lois, il n’est pas raisonnable de prêter au Parlement l’intention d’établir un régime aussi difficile d’application et aussi peu favorable à la réalisation de son objectif global.

Comme l’a signalé le juge Rosenberg de la Cour d’appel, il est évident qu’un fondement rationnel étaye la décision du Parlement d’interdire tout *cannabis sativa* de manière à limiter efficacement les effets préjudiciables du cannabis psychoactif. La preuve ne permet pas de conclure que le fait « d’incorporer par interprétation » une concentration limitée de THC facilite la réalisation de l’objectif du Parlement plutôt que de le compromettre.

b) Le fondement juridique

L’argument juridique avancé par l’appellant est qu’il ne faut pas considérer que la Loi a pour effet d’interdire la possession de plants (ou d’autres substances) sans effets psychoactifs et utilisés exclusivement en tant que produits industriels. Cet argument ne repose pas sur un moyen d’inconstitutionnalité. L’appellant prétend simplement qu’il est [TRADUCTION] « déraisonnable de conclure que le Parlement entendait que la *Loi sur les stupéfiants* s’applique aux substances *non intoxicantes* » (en italique dans l’original).

51

52

53

54

A “botanical defence” based on presumed parliamentary intent was rejected in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. The accused had argued that the Certificate of Analysis tendered by the prosecution in that case identified the substance at issue only as cannabis but not as *cannabis sativa*. As there were other known varieties of cannabis, it was said that the prosecution had failed to prove the *actus reus* of the offence. The Court disagreed. Dickson J. (as he then was) commented that “[i]t would simply be unreasonable to assume that by using the phrase ‘*Cannabis sativa* L.’, Parliament meant to prohibit only some intoxicating marihuana and exempt the rest” (p. 266 (emphasis added)). The appellant says that it is equally reasonable to assume that Parliament did not intend to prohibit non-intoxicating strains of cannabis.

55

The appellant has a more difficult argument than in *Perka*. In that case the Court “read up” the species *cannabis sativa* to accord with Parliament’s intention when it passed the NCA in 1961. Here the appellant has to argue that the Court should not give effect to what is written in the NCA, but to “read down” *cannabis sativa* to exclude non-intoxicating variants within the scheduled species. In other words, the appellant seeks to impose a subclassification which Parliament has not used, and whose imposition would (according to Dr. Small’s evidence) undermine the achievement of Parliament’s purpose. Absent a successful constitutional challenge to the definition of *cannabis sativa* (which was rejected by the Court of Appeal for Ontario and not renewed in this Court) we cannot do this. As recently affirmed in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, the starting point in statutory interpretation is the ordinary sense of the words “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” (see

Un « moyen de défense fondé sur la classification botanique » et invoquant la présumée intention du Parlement a été rejeté dans l’arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. L’accusé avait plaidé que, dans le certificat d’analyse produit par la poursuite dans cette affaire, la substance litigieuse était décrite seulement par le mot cannabis et non par l’expression *cannabis sativa*. Comme il existait d’autres variétés connues de cannabis, les appelants soutenaient que la poursuite n’avait pas prouvé l’*actus reus* (l’élément matériel) de l’infraction. La Cour n’a pas retenu cet argument. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait remarquer qu’« [i]l ne serait tout simplement pas raisonnable de supposer qu’en employant l’expression “*Cannabis sativa* L.”, le législateur n’ait voulu interdire qu’une espèce [intoxicante] de marihuana et soustraire les autres espèces à la Loi » (p. 266 (nous soulignons)). Selon l’appellant, il est tout aussi raisonnable de supposer que le Parlement n’entendait pas interdire les souches de cannabis non intoxicantes.

L’argument que propose l’appellant en l’espèce est plus difficile à soutenir que celui avancé dans l’arrêt *Perka*. Dans cette affaire, notre Cour a donné une « interprétation extensive » de l’espèce *cannabis sativa* pour qu’elle corresponde à l’intention qu’avait le Parlement en édictant la Loi en 1961. En l’espèce, l’appellant doit démontrer que notre Cour ne devrait pas donner effet au texte de la Loi, mais plutôt donner une « interprétation atténuante » de l’expression *cannabis sativa* pour en exclure les variants non intoxicants de l’espèce inscrite à l’annexe. En d’autres termes, l’appellant tente d’imposer une sous-catégorie que le Parlement n’a pas utilisée et dont l’application (d’après le témoignage du D<sup>r</sup> Small) compromettrait la réalisation de l’objectif visé par le Parlement. En l’absence de contestation constitutionnelle fondée de la définition de *cannabis sativa* (contestation qui a été rejetée par la Cour d’appel de l’Ontario et ne nous a pas été soumise), nous ne pouvons pas faire ce que demande l’appellant. Comme l’a récemment confirmé notre Cour, au par. 26 de l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, le point de départ de l’interprétation d’un texte de loi est l’examen de ses termes, « l[us] [. . .] dans

Driedger's *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

Here there is no ambiguity. Section 2 of the NCA defines a narcotic as "any substance included in the schedule". The NCA does not reflect a *scientific* definition of "narcotic". It is a legislated definition. Item 3 of the schedule to the NCA includes: (1) Cannabis resin, (2) Cannabis (marihuana), (3) Cannabidiol, (4) Cannabinol, (4.1) Nabilone, (5) Pyrahexyl, (6) Tetrahydrocannabinol. It excludes (7) non-viable Cannabis seed. There is no ambiguity in this definition. The NCA does not require the presence of THC for a substance to be classified as a prohibited narcotic. See also *R. v. Dunn*, [1982] 2 S.C.R. 677, at p. 683.

The appellant seeks to bolster his argument by reference to the U.N. *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, Can. T.S. 1964 No. 30, which provides in Article 28 (Control of Cannabis), paragraph 2:

This Convention shall not apply to the cultivation of the cannabis plant exclusively for industrial purposes (fibre and seed) or horticultural purposes.

This point is of no assistance. The Convention does not argue for freedom of marihuana cultivation. It simply says that the Convention as such does not apply to cultivation exclusively for industrial or horticultural purposes, neither of which purposes are of any relevance to the charges against the appellant.

#### VI. Disposition

We would therefore dismiss the appeal.

The constitutional questions stated by the Chief Justice should be answered as follows:

leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (voir l'ouvrage *Construction of Statutes* de Driedger (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87).

En l'espèce, il n'existe aucune ambiguïté. À l'article 2 de la Loi, le mot stupéfiant est défini ainsi : « Substance énumérée à l'annexe ». Le texte de loi ne donne pas de définition *scientifique* du terme « stupéfiant ». Il s'agit d'une définition législative. L'article 3 de l'annexe de la Loi énumère les substances suivantes : (1) Résine de cannabis, (2) Cannabis (marihuana), (3) Cannabidiol, (4) Cannabinol, (4.1) Nabilone, (5) Pyrahexyl, (6) Tétrahydrocannabinol. La substance suivante est exclue de la définition : (7) Graine de cannabis stérile. Cette définition ne présente aucune ambiguïté. La Loi n'exige pas la présence de THC dans une substance pour que celle-ci soit classée comme stupéfiant interdit. Voir également *R. c. Dunn*, [1982] 2 R.C.S. 677, p. 683.

Pour tenter de renforcer son argument, l'appellant invoque la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961* des Nations Unies, R.T. Can. 1964 n<sup>o</sup> 30, laquelle dispose, au par. 28(2) (Contrôle du cannabis) :

La présente Convention ne s'appliquera pas à la culture de la plante de cannabis exclusivement à des fins industrielles (fibres et graines) ou pour des buts horticulturaux.

Cet élément ne lui est d'aucun secours. La Convention ne préconise pas la liberté de cultiver la marihuana, mais précise simplement qu'elle ne s'applique pas à la culture du cannabis pratiquée exclusivement à des fins industrielles ou horticoles, fins qui ne sont ni l'une ni l'autre pertinentes à l'égard des accusations portées contre l'appellant.

#### VI. Le dispositif

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Les questions constitutionnelles formulées par la Juge en chef doivent recevoir les réponses suivantes :

56

57

58

58a

59

1. Does prohibiting possession of *cannabis sativa* for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

A. It is not necessary to answer this question.

3. Is the prohibition on the possession of *cannabis sativa* for personal use under s. 3(1) of the *Narcotic Control Act*, by reason of the inclusion of this substance in s. 3 of the Schedule to the Act (now s. 1, Schedule II, *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19), within the legislative competence of the Parliament of Canada as being a law enacted for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*; as being enacted pursuant to the criminal law power in s. 91(27) thereof; or otherwise?

A. Yes.

The following are the reasons delivered by

60

ARBOUR J. (dissenting in part) — For the reasons expressed in the companion cases of *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, released concurrently, I am of the view that the appeal of the appellant Clay should be allowed only with respect to the charge of possession of *cannabis sativa*.

The following are the reasons delivered by

61

LEBEL J. (dissenting in part) — Subject to my comments in *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*,

1. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Chanvre indien (*cannabis sativa*) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

R. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Est-ce que l'interdiction d'avoir en sa possession du Chanvre indien (*cannabis sativa*) aux fins de consommation personnelle — interdiction prévue au par. 3(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1, du fait de la mention de cette substance à l'art. 3 de l'annexe de cette loi (maintenant l'art. 1 de l'annexe II de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19) — relève de la compétence législative du Parlement du Canada en tant que règle de droit édictée soit en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, soit en vertu du pouvoir de légiférer sur le droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit en vertu d'un autre pouvoir?

R. Oui.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ARBOUR (dissidente en partie) — Pour les motifs que j'ai exposés dans les arrêts connexes *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, rendus simultanément, j'accueillerais le pourvoi de l'appelant Clay, mais seulement à l'égard de l'accusation de possession de *cannabis sativa*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident en partie) — Sous réserve des commentaires que j'ai formulés dans

[2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, I agree with the disposition suggested by Justice Arbour in the present appeal.

English version of the reasons delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting in part) — Subject to my reasons in *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, I agree with the disposition suggested by Justice Arbour in the present appeal.

*Appeal dismissed, ARBOUR, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Burstein, Unger, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

les arrêts *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, je souscris au dispositif proposé par la juge Arbour dans le présent pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente en partie) — Sous réserve de mes motifs dans les affaires *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, je suis en accord avec le dispositif suggéré par la juge Arbour en l'espèce.

*Pourvoi rejeté, les juges ARBOUR, LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents en partie.*

*Procureurs de l'appelant : Burstein, Unger, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*





# INDEX

## APPEALS

Mootness — Appropriate and just remedy — Minority language education rights — Appeal raising important question about jurisdiction of superior courts to order what may be an effective remedy in some classes of cases — Moot appeal should be heard to provide guidance in similar cases.

DOUCET-BOUDREAU v. NOVA SCOTIA (MINISTER OF EDUCATION), 3.

---

## COMMERCIAL LAW

Bulk sales — Personal liability of buyer — Buyer failing to comply with requirements of bulk sales legislation — Seller using proceeds of sale to discharge amounts owing to its two highest ranking secured creditors — Whether buyer “personally liable to account” to unsecured creditor for amount owing to it by seller as a result of non-compliance with legislation — Meaning of “personally liable to account” — Bulk Sales Act, R.S.O. 1990, c. B.14, s. 16(2).

NATIONAL TRUST CO. v. H & R BLOCK CANADA INC., 160.

---

## CONFLICT OF LAWS

Foreign judgments — Enforcement — Action brought in Florida court over sale of Florida land valued at US\$8,000 — Florida court entering default judgment against defendants resident in Ontario — Jury subsequently awarding US\$210,000 in compensatory damages and US\$50,000 in punitive damages — Defendants not properly defending action according to Florida law and not moving to have default judgment set aside or appealing jury award for damages — Whether “real and substantial connection” test for enforcing interprovincial judgments should be extended to foreign judgments — Whether defence of fraud, public policy or natural justice established so that foreign judgment should not be enforced by Canadian courts — Whether enforcing foreign judgment constitutes violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

BEALS v. SALDANHA, 416.

---

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Enforcement — Remedy available for realization of minority language education rights — Trial judge ordering province to make best efforts to provide homogeneous French-language facilities and programs by particular dates — Order further requiring parties to appear before same judge periodically to report on status of those efforts — Whether trial judge had authority to retain jurisdiction to hear reports from Province on the status of those efforts as part of his remedy under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether reporting order was “appropriate and just in the circumstances” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 24(1).

DOUCET-BOUDREAU v. NOVA SCOTIA (MINISTER OF EDUCATION), 3.

2. Charter of Rights — Freedom of expression — Municipal by-law limiting size of billboards — Whether by-law infringes right to freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

VANN NIAGARA LTD. v. OAKVILLE (TOWN), 158.

3. Charter of Rights — Fundamental justice — Full answer and defence — Duty to disclose evidence — Crown failing to disclose all relevant evidence to defence at trial of accused — Whether right of accused to make full answer and defence infringed — If so, nature of appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

R. v. TAILLEFER; R. v. DUGUAY, 307.

4. Charter of Rights — Fundamental justice — Whether s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms can shield a Canadian defendant from enforcement of foreign judgment.

BEALS v. SALDANHA, 416.

5. Charter of Rights — Fundamental justice — Liberty and security of person — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana — Imprisonment available as penalty for simple possession — Whether prohibition infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 3(1), Schedule.

R. v. MALMO-LEVINE; R. v. CAINE, 571.

6. Charter of Rights — Equality rights — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana for purpose of trafficking — Whether prohibition infringes s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 4(2), Schedule.

R. v. MALMO-LEVINE; R. v. CAINE, 571.

**CONSTITUTIONAL LAW — Concluded**

7. Division of powers — Criminal law — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana — Whether prohibition within legislative competence of Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

R. v. MALMO-LEVINE; R. v. CAINE, 571.

8. Charter of Rights — Fundamental justice — Liberty and security of person — Narcotic Control Act prohibiting possession of marihuana — Imprisonment available as penalty for simple possession — Whether prohibition infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 3(1), Schedule.

R. v. CLAY, 735.

**COSTS**

1. Court of Appeal's costs award — Plaintiffs submitting that they are public interest litigants and should not have been required to pay costs — Actions involving public authorities and raising issues of public interest insufficient to alter essential nature of litigation — Plaintiffs not falling within definition of public interest litigants — No clear and compelling reasons to interfere with Court of Appeal's decision to award costs in accordance with usual rule that successful party is entitled to costs.

ODHAVJI ESTATE v. WOODHOUSE, 263.

2. Interim costs — Principles governing exercise of court's discretionary power to grant interim costs — Minister of Forests serving Indian Bands with stop-work orders for logging on Crown land without authorization — Bands claiming aboriginal title to lands — Minister applying to have proceedings remitted to trial list — Bands arguing that matter of aboriginal title should not go to trial as they lack financial resources to fund action or in alternative, requesting order that Crown pay interim costs to fund action in advance and in any event of cause — Whether Court of Appeal's decision to grant interim costs should be upheld — Whether Court of Appeal had sufficient grounds to review exercise of chambers judge's discretion — Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, ss. 52(11)(d), 57(9).

BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF FORESTS) v. OKANAGAN INDIAN BAND, 371.

**CRIMINAL LAW**

1. Search warrant — Lawyers' office — Solicitor-client privilege — Procedure for authorizing and executing searches

**CRIMINAL LAW — Concluded**

in lawyers' offices — Scope of protection afforded by solicitor-client privilege — Documents seized by police in lawyers' office pursuant to warrant — Information sought by police limited to gross amount of fees and disbursements billed by lawyer to client — Whether amount of fees and disbursements paid by client to lawyer is protected by solicitor-client privilege — Whether search and seizure were unreasonable.

MARANDA v. RICHER, 193.

2. Evidence — Duty to disclose evidence — Crown failing to disclose all relevant evidence to defence at trial of accused — Whether right of accused to make full answer and defence infringed.

R. v. TAILLEFER; R. v. DUGUAY, 307.

3. Evidence — Fresh evidence — Court of Appeal — Crown failing to disclose all relevant evidence to defence at trial of accused — Approach to be taken by appellate court in assessing fresh evidence where Crown has not complied with its duty to disclose.

R. v. TAILLEFER; R. v. DUGUAY, 307.

4. Guilty plea — Withdrawal — Test applicable to accused seeking leave to withdraw guilty plea on basis of discovery of new evidence not disclosed by Crown.

R. v. TAILLEFER; R. v. DUGUAY, 307.

5. Sentencing — Conditional sentence — Possession of contraband cigarettes — Accused unable to pay minimum financial penalty mandated by Excise Act — Whether prison appropriate — Whether trial judge erred in imposing conditional sentence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 742.1 — Excise Act, R.S.C. 1985, c. E-14, s. 240(1).

R. v. WU, 530.

**HUMAN RIGHTS**

Equality rights — Discrimination based on criminal record — Dismissal — Employee dismissed while incarcerated for having committed a penal or criminal offence unrelated to his employment — Extent to which s. 18.2 of Charter of Human Rights and Freedoms protects employment of incarcerated person — Whether employer has a duty of reasonable accommodation — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 18.2.

QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. MAKSTEEL QUÉBEC INC., 228.

**JUDGMENTS AND ORDERS**

Foreign judgments — Enforcement — Rules relating to recognition and enforcement of foreign judgments by Canadian courts — Nature and scope of defences available to judgment debtor.

BEALS v. SALDANHA, 416.

---

**JUDICIAL REVIEW**

Standard of review — Labour arbitration — Recreation instructor dismissed after being convicted of sexual assault — Arbitrator ruling that instructor had been dismissed without just cause — Whether arbitrator entitled to revisit conviction — Whether correctness is appropriate standard of review — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 — Labour Relations Act, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48.

TORONTO (CITY) v. C.U.P.E., LOCAL 79, 77.

---

**LABOUR LAW**

1. Arbitration — Dismissal without just cause — Evidence — Recreation instructor dismissed after being convicted of sexual assault — Conviction upheld on appeal — Arbitrator ruling that instructor had been dismissed without just cause — Whether union entitled to relitigate issue decided against employee in criminal proceedings — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 — Labour Relations Act, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48.

TORONTO (CITY) v. C.U.P.E., LOCAL 79, 77.

2. Arbitration — Dismissal without just cause — Evidence — Government employees dismissed after being convicted of sexual assault — Convictions upheld on appeal — Grievance settlement board ruling that convictions not conclusive evidence of guilt — Whether union entitled to relitigate issue decided against employees in criminal proceedings — Whether issue estoppel applicable — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1.

ONTARIO v. O.P.S.E.U., 149.

---

**PRACTICE**

Motion to strike — Police officers involved in fatal shooting — Actions brought by estate and family of victim — Statement of claim alleging misfeasance in public office against police officers and chief of police and negligence against chief of police, police services board and province — Actions based on failure of police officers to cooperate in SIU investigation — Whether portions of statement of claim should be struck out as disclosing no reasonable cause of action — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01(1)(b).

ODHAVJI ESTATE v. WOODHOUSE, 263.

---

**TORTS**

1. Tort of misfeasance in public office — Chief of police and police officers — Victim killed by police — Police officers involved in shooting not complying with statutory duty to cooperate with SIU investigation — Plaintiffs bringing actions in misfeasance in public office against police officers and chief of police — Whether tort of misfeasance in public office can arise from misconduct involving breaches of statutory duty — Whether tort limited to unlawful exercises of statutory or prerogative powers.

ODHAVJI ESTATE v. WOODHOUSE, 263.

2. Negligence — Duty of care — Victim killed by police — Police officers involved in shooting not complying with statutory duty to cooperate with SIU investigation — Plaintiffs bringing actions in negligence against chief of police, police services board and province — Whether they owed plaintiffs duty to take reasonable care to ensure that police officers cooperated with investigation.

ODHAVJI ESTATE v. WOODHOUSE, 263.

---



# INDEX

## APPELS

Caractère théorique — Réparation convenable et juste — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Pourvoi soulevant une question importante au sujet du pouvoir des cours supérieures d'ordonner des mesures susceptibles de constituer une réparation efficace dans certaines catégories de cas — Appel théorique devant être entendu afin de fournir des repères dans des affaires similaires.

DOUCET-BOUDREAU C. NOUVELLE-ÉCOSSE (MINISTRE DE L'ÉDUCATION), 3.

---

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

Norme de contrôle — Arbitrage en relations du travail — Instructeur en loisirs congédié après avoir été déclaré coupable d'agression sexuelle — Arbitre ayant statué que l'instructeur avait été congédié sans motif valable — L'arbitre est-il habilité à revenir sur la déclaration de culpabilité? — La norme de contrôle appropriée est-elle celle de la décision correcte? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 — Loi sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48.

TORONTO (VILLE) C. S.C.F.P., SECTION LOCALE 79, 77.

---

## DÉLITS CIVILS

1. Délit de faute dans l'exercice d'une charge publique — Chef de police et agents de police — Victime tuée par la police — Les agents de police mêlés à la fusillade ne se sont pas conformés à l'obligation que leur impose la loi de collaborer à l'enquête de l'UES — Les demandeurs ont intenté des actions pour faute dans l'exercice d'une charge publique contre les agents de police et le chef de police — Le délit de faute dans l'exercice d'une charge publique peut-il résulter de l'inconduite fondée sur des manquements à une obligation imposée par la loi? — Le délit se limite-t-il à l'exercice illégitime de pouvoirs conférés par la loi ou découlant d'une prérogative?

SUCCESSION ODHAVJI C. WOODHOUSE, 263.

2. Négligence — Obligation de diligence — Victime tuée par la police — Les agents de police mêlés à la fusillade ne se sont

## DÉLITS CIVILS — Fin

pas conformés à l'obligation que leur impose la loi de collaborer à l'enquête de l'UES — Les demandeurs ont intenté des actions pour négligence contre le chef de police, la commission des services policiers et la province — Ceux-ci étaient-ils tenus envers les demandeurs de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer que les agents de police collaborent à l'enquête?

SUCCESSION ODHAVJI C. WOODHOUSE, 263.

---

## DÉPENS

1. Adjudication des dépens par la Cour d'appel — Demandeurs faisant valoir qu'étant parties à un litige d'intérêt public, ils n'auraient pas dû être condamnés aux dépens — Le fait que les actions mettent en cause les autorités publiques et soulèvent des questions d'intérêt public ne suffit pas à modifier la nature fondamentale du litige — Les demandeurs ne correspondent pas à la définition de parties à un litige d'intérêt public — Aucun motif clair et impérieux ne justifie de modifier la décision de la Cour d'appel d'adjuger les dépens à la partie ayant obtenu gain de cause, conformément à la règle usuelle.

SUCCESSION ODHAVJI C. WOODHOUSE, 263.

2. Provisions pour frais — Principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de statuer sur les dépens — Signification par le ministre des Forêts aux bandes indiennes d'ordonnances de cessation des travaux pour avoir mené des activités d'exploitation forestière sur des terres publiques sans autorisation — Bandes soutenant qu'elles détiennent un titre aborigène sur les terres en question — Demande du ministre que l'instance soit inscrite pour instruction — Bandes plaidant que la question du titre aborigène ne doit pas faire l'objet d'une instruction parce qu'elles n'ont pas les ressources financières voulues pour financer un procès ou que la Couronne leur verse une provision pour frais pour le financement du procès quelle que soit l'issue de la cause — Faut-il confirmer la décision de la Cour d'appel d'attribuer une provision pour frais? — La Cour d'appel avait-elle des motifs suffisants pour réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge en chambre? — Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, art. 52(11)d, 57(9).

COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES FORÊTS) C. BANDE INDIENNE OKANAGAN, 371.

---

**DROIT COMMERCIAL**

Ventes en bloc — Responsabilité personnelle de l'acheteur — Défaut de l'acheteur de se conformer aux exigences de la Loi sur la vente en bloc — Désintéressement par le vendeur sur le produit de la vente de ses deux créanciers garantis de rang supérieur — En raison du non-respect de la Loi, l'acheteur est-il « personnellement tenu de rendre compte » au créancier non garanti de la somme due à ce dernier par le vendeur? — Sens de l'expression « personnellement tenu de rendre compte » — Loi sur la vente en bloc, L.R.O. 1990, ch. B.14, art. 16(2).

CIE TRUST NATIONAL C. H & R BLOCK CANADA INC., 160.

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

1. Charte des droits — Recours — Réparation pouvant être accordée pour assurer le respect des droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Juge de première instance ordonnant à la province de faire de son mieux pour fournir des établissements et des programmes d'enseignement homogènes de langue française dans des délais déterminés — Ordonnance enjoignant également aux parties de se présenter périodiquement devant le même juge pour rendre compte des efforts déployés en ce sens — Le juge de première instance avait-il le pouvoir de se déclarer compétent pour entendre les comptes rendus de la province sur les efforts déployés pour mettre à exécution la réparation fondée sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'ordonnance enjoignant de rendre compte était-elle « convenable et juste eu égard aux circonstances »? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 24(1).

DOUCET-BOUDREAU C. NOUVELLE-ÉCOSSE (MINISTRE DE L'ÉDUCATION), 3.

2. Charte des droits — Liberté d'expression — Règlement municipal limitant la superficie des panneaux publicitaires — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

VANN NIAGARA LTD. C. OAKVILLE (VILLE), 158.

3. Charte des droits — Justice fondamentale — Défense pleine et entière — Obligation de divulguer la preuve — Omission du ministère public de divulguer toute la preuve pertinente à la défense lors du procès des accusés — Le droit des accusés à une défense pleine et entière a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

R. C. TAILLEFER; R. C. DUGUAY, 307.

4. Charte des droits — Justice fondamentale — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il protéger

**DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin**

un défendeur canadien contre l'exécution d'un jugement étranger?

BEALS C. SALDANHA, 416.

5. Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté et sécurité de la personne — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marijuana — Possibilité d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité pour simple possession — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 3(1), annexe.

R. C. MALMO-LEVINE; R. C. CAINE, 571.

6. Charte des droits — Droits à l'égalité — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marijuana en vue d'en faire le trafic — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 4(2), annexe.

R. C. MALMO-LEVINE; R. C. CAINE, 571.

7. Partage des pouvoirs — Droit criminel — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marijuana — Cette interdiction relève-t-elle du pouvoir de légiférer du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

R. C. MALMO-LEVINE; R. C. CAINE, 571.

8. Charte des droits — Justice fondamentale — Liberté et sécurité de la personne — Dispositions de la Loi sur les stupéfiants interdisant la possession de marijuana — Possibilité d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité pour simple possession — Cette interdiction porte-t-elle atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 3(1), annexe.

R. C. CLAY, 735.

**DROIT CRIMINEL**

1. Mandat de perquisition — Cabinet d'avocats — Secret professionnel — Procédure d'autorisation et d'exécution des perquisitions dans les cabinets d'avocats — Étendue de la protection du secret professionnel — Documents saisis par la police dans un cabinet d'avocats en vertu d'un mandat — Information désirée par la police se limitait au montant brut des honoraires et débours facturés par l'avocat à un client — Le montant des honoraires et des débours payés par un client à son avocat est-il protégé par le secret professionnel de l'avocat? — La saisie et la perquisition étaient-elles abusives?

MARANDA C. RICHER, 193.

**DROIT CRIMINEL — Fin**

2. Preuve — Obligation de divulguer la preuve — Omission du ministère public de divulguer toute la preuve pertinente à la défense lors du procès des accusés — Le droit des accusés à une défense pleine et entière a-t-il été violé?

R. C. TAILLEFER; R. C. DUGUAY, 307.

3. Preuve — Nouvelle preuve — Cour d'appel — Omission du ministère public de divulguer toute la preuve pertinente à la défense lors du procès des accusés — Démarche à suivre en appel pour apprécier une nouvelle preuve introduite à la suite d'une violation par le ministère public de son obligation de divulgation.

R. C. TAILLEFER; R. C. DUGUAY, 307.

4. Plaidoyer de culpabilité — Retrait — Critère applicable lorsqu'un accusé demande le retrait de son plaidoyer de culpabilité au motif de la découverte de nouveaux éléments de preuve non divulgués par la poursuite.

R. C. TAILLEFER; R. C. DUGUAY, 307.

5. Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Possession de cigarettes de contrebande — Accusé incapable de payer l'amende minimale obligatoire prescrite par la Loi sur l'accise — L'emprisonnement était-il approprié? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en imposant un sursis à l'emprisonnement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 742.1 — Loi sur l'accise, L.R.C. 1985, ch. E-14, art. 240(1).

R. c. Wu, 530.

**DROITS DE LA PERSONNE**

Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur les antécédents judiciaires — Congédiement — Employé congédié alors qu'il était incarcéré pour avoir commis une infraction pénale ou criminelle sans lien avec l'emploi — Dans quelle mesure l'art. 18.2 de la Charte des droits et libertés de la personne protège l'emploi d'une personne incarcérée? — L'employeur a-t-il un devoir d'accommodement raisonnable? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 18.2.

QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) C. MAKSTEEL QUÉBEC INC., 228.

**DROIT DU TRAVAIL**

1. Arbitrage — Congédiement sans motif valable — Preuve — Instructeur en loisirs congédié après avoir été déclaré

**DROIT DU TRAVAIL — Fin**

coupable d'agression sexuelle — Déclaration de culpabilité confirmée en appel — Arbitre ayant statué que l'instructeur avait été congédié sans motif valable — Le syndicat est-il habilité à remettre en cause une question tranchée à l'encontre de l'employé dans une instance criminelle? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 — Loi sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48.

TORONTO (VILLE) C. S.C.F.P., SECTION LOCALE 79, 77.

2. Arbitrage — Congédiement sans motif valable — Preuve — Employés de l'État congédiés après avoir été déclarés coupables d'agression sexuelle — Déclarations de culpabilité confirmées en appel — Commission de règlement des griefs ayant statué que les condamnations ne constituaient pas une preuve concluante de culpabilité — Le syndicat est-il habilité à remettre en cause une question tranchée à l'encontre des employés dans une instance criminelle? — La préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique-t-elle? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1.

ONTARIO C. S.E.E.F.P.O., 149.

**DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

Jugements étrangers — Exécution — Action intentée devant un tribunal de la Floride relativement à une vente de terrain pour la somme de 8 000 \$US — Tribunal de la Floride rendant un jugement par défaut contre des défendeurs résidant en Ontario — Jury accordant par la suite les sommes de 210 000 \$US à titre de dommages-intérêts compensatoires et de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs — Défaut des défendeurs de contester l'action correctement selon la loi de la Floride et de chercher à faire annuler le jugement par défaut ou de porter en appel l'attribution de dommages-intérêts par le jury — Le critère du « lien réel et substantiel », applicable à l'exécution des jugements d'une autre province, devrait-il également s'appliquer aux jugements étrangers? — A-t-on établi que le moyen de défense fondé sur la fraude, l'ordre public ou la justice naturelle s'applique de manière à empêcher les tribunaux canadiens d'exécuter le jugement étranger? — L'exécution du jugement étranger viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

BEALS C. SALDANHA, 416.

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES**

Jugements étrangers — Exécution — Règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement étranger par les

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES — Fin**

tribunaux canadiens — Nature et portée des moyens de défense dont dispose le débiteur judiciaire.

BEALS C. SALDANHA, 416.

---

**PRATIQUE**

Requête en radiation — Agents de police mêlés à une fusillade fatale — Actions intentées par la succession et la famille de la victime — Allégations dans la déclaration touchant la faute dans l'exercice d'une charge publique de la part des agents de police et du chef de police, ainsi que la négligence du chef de police, de la commission des services policiers et de la province — Actions fondées sur l'omission des agents de police de collaborer à l'enquête de l'UES — Y a-t-il lieu de radier des parties de la déclaration pour absence de cause d'action fondée? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01(1)b).

SUCCESSION ODHAVJI C. WOODHOUSE, 263.

---



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
**Communication Canada**  
**Canadian Government Publishing**  
**Ottawa, Ontario**  
**Canada K1A 0S9**

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
**Communication Canada**  
**Les Éditions du gouvernement du Canada**  
**Ottawa (Ontario)**  
**Canada K1A 0S9**