



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2022 Vol. 1

2^e cahier, 2022 Vol. 1

Cited as [2022] 1 S.C.R. 283-596

Renvoi [2022] 1 R.C.S. 283-596

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

CHANTAL CARBONNEAU
Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
EMILY K. MOREAU

MARYAM ARZANI	Legal Counsel / Conseillers juridiques	JACQUELINE STENCEL
AUDREY-ANNE BERGERON	ANDRÉ GOLDENBERG	ANDREA SUURLAND
LAURENCE CARON	LEE ANN GORMAN	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LAUREN KOSHURBA	CAMERON TAYLOR
ANNE DES ORMEAUX	KAREN LEVASSEUR	DIANE THERRIEN
	IDA SMITH	

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes	AUDRA POIRIER
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD	MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	MARIE RODRIGUE
	JULIE BOULANGER	
	LAURENCE ENDALE	

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques	
CATHERINE BALOGH	SAMUEL DUVAL
MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS	CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjoints administratifs	
SÉBASTIEN GAGNÉ	KATHIA SÉGUIN

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

R. v. Alas..... 283

Criminal law — Defences — Provocation — Air of reality — Accused convicted of second degree murder by jury — Accused appealing conviction on basis that trial judge erred by failing to leave defence of provocation with jury — Majority of Court of Appeal holding that there was air of reality to defence of provocation and it should have been left with jury for their consideration — Majority setting aside conviction and ordering new trial — Dissenting judge finding that trial judge's decision that there was no air of reality to defence of provocation and it should not be left with jury was correct — Conviction restored.

R. v. J.D. 287

Criminal law — Trial — Continuation of proceedings before another judge — Evidence — Admissibility — Legal framework governing admissibility in evidence in trial that is commenced again, as evidence on merits, of transcripts of testimony from first trial that have been filed with consent of parties — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 669.2(3).

R. v. Dussault 306

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused speaking with lawyer on telephone from police station — Call ending in belief that police had agreed to allow them to continue conversation at station — Police refusing to let accused meet with lawyer when he arrived at station — Police subsequently conducting interrogation resulting in accused making incriminating statement — Whether police required to provide accused with further opportunity to consult counsel before interrogation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. J.F. 330

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Order for new trial — Whether, after new trial is ordered, accused can file motion under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms for stay of proceedings based on delay in accused's first

SOMMAIRE

R. c. Alas..... 283

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Vraisemblance — Accusé déclaré coupable par un jury de meurtre au deuxième degré — Appel formé contre la déclaration de culpabilité par l'accusé au motif que le juge du procès a fait erreur en ne soumettant pas la défense de provocation au jury — Conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que la défense de provocation était vraisemblable et aurait dû être soumise à l'appréciation du jury — Annulation par les juges majoritaires de la déclaration de culpabilité et nouveau procès ordonné par ceux-ci — Conclusion du juge dissident portant que la décision du juge du procès selon laquelle la défense de provocation était dépourvue de vraisemblance et n'aurait pas dû être soumise à l'appréciation du jury était correcte — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. c. J.D. 287

Droit criminel — Procès — Continuation des procédures devant un autre juge — Preuve — Admissibilité — Cadre juridique régissant l'admissibilité en preuve, lors d'un procès recommencé, de transcriptions de témoignages rendus lors d'un premier procès, pour valoir comme preuve au fond, lorsque celles-ci sont déposées avec le consentement des parties — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 669.2(3).

R. c. Dussault 306

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Conversation téléphonique entre l'accusé et un avocat alors que le premier se trouve au poste de police — L'accusé et l'avocat mettent fin à l'appel croyant que les policiers ont accepté de leur permettre de continuer leur conversation au poste de police — Les policiers refusent de laisser l'accusé rencontrer son avocat lorsque ce dernier arrive au poste — Les policiers procèdent subséquemment à un interrogatoire au cours duquel l'accusé fait une déclaration incriminante — Les policiers avaient-ils l'obligation de fournir à l'accusé une possibilité additionnelle de consulter un avocat avant de l'interroger? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. c. J.F. 330

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Ordonnance de nouveau procès — L'accusé peut-il, après le prononcé d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès, déposer en vertu de l'al. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés

CONTENTS (Continued)

trial — Whether presumptive ceilings established in Jordan apply to retrial delay.

R. v. Brown..... 374

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Reasonable limits — Section 33.1 of Criminal Code preventing accused from raising common law defence of self-induced intoxication akin to automatism — Whether s. 33.1 violates principles of fundamental justice or presumption of innocence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 33.1.

R. v. Sullivan..... 460

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Reasonable limits — Section 33.1 of Criminal Code preventing accused from raising common law defence of self-induced intoxication akin to automatism — Whether s. 33.1 violates principles of fundamental justice or presumption of innocence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 33.1.

Constitutional law — Remedy — Declaration of invalidity — Whether declaration of unconstitutionality issued by superior court pursuant to s. 52(1) of Constitution Act, 1982, can be considered binding on courts of coordinate jurisdiction.

Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Accused convicted of indictable offence at trial — Court of Appeal setting aside conviction and ordering new trial — Crown bringing appeal to Supreme Court of Canada — Accused applying for leave to cross-appeal order of new trial and requesting stay — Whether Court has jurisdiction to hear accused's appeal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691.

R. v. Badger..... 512

Criminal law — Evidence — Spontaneous utterances — Alibi — Identification — Accused convicted of aggravated assault at trial — Accused appealing conviction on basis

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

une requête en arrêt des procédures invoquant les délais qui ont marqué son premier procès? — Les plafonds présumés établis dans l'arrêt Jordan s'appliquent-ils aux délais liés au deuxième procès?

R. c. Brown 374

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Limites raisonnables — Article 33.1 du Code criminel empêchant l'accusé d'invoquer la défense en common law d'intoxication volontaire s'apparentant à l'automatisme — L'article 33.1 viole-t-il les principes de justice fondamentale ou la présomption d'innocence? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 33.1.

R. c. Sullivan..... 460

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Limites raisonnables — Article 33.1 du Code criminel empêchant l'accusé d'invoquer la défense en common law d'intoxication volontaire s'apparentant à l'automatisme — L'article 33.1 viole-t-il les principes de justice fondamentale ou la présomption d'innocence? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 et 11d) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 33.1.

Droit constitutionnel — Réparation — Déclaration d'invalidité — Peut-on considérer qu'une déclaration prononcée par une cour supérieure en application du par. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 lie les tribunaux de juridiction équivalente?

Droit criminel — Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — Compétence — Accusé déclaré coupable d'un acte criminel au procès — Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité et ordonnant un nouveau procès — Appel interjeté par la Couronne à la Cour suprême du Canada — Demande de l'accusé visant à obtenir l'autorisation d'interjeter un appel incident à l'égard de la décision ordonnant la tenue d'un nouveau procès et sollicitant un arrêt des procédures — La Cour a-t-elle compétence pour instruire l'appel de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 691.

R. c. Badger 512

Droit criminel — Preuve — Déclarations spontanées — Alibi — Identification — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves au procès — Appel formé par l'accusé contre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

that trial judge erred in admitting evidence of spontaneous utterances, in assessment of alibi evidence and in assessment of identification evidence — Majority of Court of Appeal dismissing appeal — Dissenting judge finding that trial judge failed to conduct analysis of identification evidence that law requires — Conviction upheld.

R. v. Safdar 514

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Calculation of delay — Accused charged with several offences involving abuse of his wife — Accused applying for stay of proceedings on basis that right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Trial judge holding that net delay exceeded presumptive ceiling set out in *Jordan* and staying proceedings — Court of Appeal holding that period between end of evidence and argument at trial and release of decision on stay application should not be included in calculation of delay — Court of Appeal concluding that net delay was below *Jordan* ceiling and setting aside stay of proceedings — Court of Appeal’s decision affirmed.

Barendregt v. Grebliunas 517

Family law — Custody — Change of residence — Best interests of child — Primary residence of children awarded to mother at trial, allowing children to relocate some ten hours away from father’s residence — Father successfully appealing relocation order — Whether trial judge erred in relocation analysis such that appellate intervention was warranted — Framework governing determination as to whether relocation in child’s best interests.

Evidence — Additional evidence on appeal — Father appealing relocation order awarding primary residence of children to mother — Court of Appeal admitting new evidence adduced by father about financial situation — Whether Court of Appeal erred in admitting new evidence — Test governing admission of additional evidence on appeal.

SOMMAIRE (Fin)

la déclaration de culpabilité au motif que le juge du procès a fait erreur en admettant la preuve de déclarations spontanées, en appréciant la preuve d’alibi et en appréciant la preuve d’identification — Appel rejeté à la majorité par la Cour d’appel — Conclusion du juge dissident portant que le juge du procès n’a pas analysé la preuve d’identification comme le droit l’exige — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Safdar 514

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Calcul du délai — Accusé inculpé de plusieurs infractions liées à des mauvais traitements infligés à son épouse — Demande d’arrêt des procédures présentée par l’accusé pour cause de violation du droit d’être jugé dans un délai raisonnable garanti par l’al. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Juge du procès concluant que le délai net excédait le plafond présumé fixé dans *Jordan* et ordonnant l’arrêt des procédures — Cour d’appel statuant que la période écoulée entre la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries au procès et le prononcé de la décision sur la demande d’arrêt des procédures ne devrait pas être incluse dans le calcul du délai — Cour d’appel concluant que le délai net était inférieur au plafond fixé dans *Jordan* et annulant l’arrêt des procédures — Arrêt de la Cour d’appel confirmé.

Barendregt c. Grebliunas 517

Droit de la famille — Garde — Changement du lieu de résidence — Intérêt de l’enfant — Octroi au procès de la résidence principale des enfants à la mère, les autorisant à déménager à quelque dix heures de route de la résidence du père — Appel formé avec succès par le père contre l’ordonnance relative au déménagement — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son analyse relative au déménagement justifiant l’intervention de la Cour d’appel? — Cadre d’analyse applicable pour déterminer si un déménagement est dans l’intérêt de l’enfant.

Preuve — Éléments de preuve supplémentaires en appel — Appel par le père de l’ordonnance relative au déménagement qui a octroyé la résidence principale des enfants à la mère — Admission par la Cour d’appel de nouveaux éléments de preuve présentés par le père quant à sa situation financière — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve? — Test régissant l’admission d’éléments de preuve supplémentaires en appel.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Anthony Raul Alas *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ALAS

2022 SCC 14

File No.: 39654.

2022: April 21.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defences — Provocation — Air of reality — Accused convicted of second degree murder by jury — Accused appealing conviction on basis that trial judge erred by failing to leave defence of provocation with jury — Majority of Court of Appeal holding that there was air of reality to defence of provocation and it should have been left with jury for their consideration — Majority setting aside conviction and ordering new trial — Dissenting judge finding that trial judge’s decision that there was no air of reality to defence of provocation and it should not be left with jury was correct — Conviction restored.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Tulloch and Lauwers J.J.A.), 2021 ONCA 224, 404 C.C.C. (3d) 50, [2021] O.J. No. 1859 (QL), 2021 CarswellOnt 4732 (WL), setting aside the conviction of the accused for second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Anthony Raul Alas *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. ALAS

2022 CSC 14

N° du greffe : 39654.

2022 : 21 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Vraisemblance — Accusé déclaré coupable par un jury de meurtre au deuxième degré — Appel formé contre la déclaration de culpabilité par l’accusé au motif que le juge du procès a fait erreur en ne soumettant pas la défense de provocation au jury — Conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel portant que la défense de provocation était vraisemblable et aurait dû être soumise à l’appréciation du jury — Annulation par les juges majoritaires de la déclaration de culpabilité et nouveau procès ordonné par ceux-ci — Conclusion du juge dissident portant que la décision du juge du procès selon laquelle la défense de provocation était dépourvue de vraisemblance et n’aurait pas dû être soumise à l’appréciation du jury était correcte — Déclaration de culpabilité rétablie.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges MacPherson, Tulloch et Lauwers), 2021 ONCA 224, 404 C.C.C. (3d) 50, [2021] O.J. No. 1859 (QL), 2021 CarswellOnt 4732 (WL), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l’accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Kevin Rawluk and G. Karen Papadopoulos, for the appellant.

John Rosen, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Mr. Alas was convicted at trial of second degree murder after he stabbed the deceased six times during an altercation at a bar. A majority of the Ontario Court of Appeal (MacPherson J.A. dissenting) overturned this verdict and ordered a new trial (2021 ONCA 224, 404 C.C.C. (3d) 50). The Crown appeals to this Court as of right. The sole issue is whether there was an air of reality to the defence of provocation, such that the trial judge erred in failing to put the defence to the jury. This offence pre-dated the amendment to the provocation provision, which applies to offences committed on or after July 17, 2015.

[2] We find no error in the trial judge’s determination that there was no air of reality to the defence of provocation.

[3] The standard of review for whether there is an air of reality to the defence of provocation is correctness (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 55).

[4] The key issue here is whether there is sufficient evidential basis as to the fourth element of the provocation defence — that the accused acted on the sudden.

[5] Taking the evidence at its highest for the accused, for present purposes, the subjective element of the test for provocation has not been met. The accused did not react “on the sudden” before there was time for his passion to cool. It is beyond the range of reasonable inferences to say that Mr. Alas’ reaction to the deceased making a punching/lunging motion at the women was “on the sudden”; rather, it was

Kevin Rawluk et G. Karen Papadopoulos, pour l’appelante.

John Rosen, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — Monsieur Alas a, au terme de son procès, été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré après qu’il eut poignardé le défunt à six reprises au cours d’une altercation dans un bar. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge MacPherson étant dissident) ont écarté ce verdict et ordonné la tenue d’un nouveau procès (2021 ONCA 224, 404 C.C.C. (3d) 50). Le ministère public se pourvoit de plein droit devant notre Cour. La seule question en litige consiste à décider si la défense de provocation était vraisemblable, de telle sorte que le juge du procès a fait erreur en ne la soumettant pas à l’appréciation du jury. L’infraction en cause précédait la modification à la disposition sur la provocation, qui s’applique aux infractions commises le 17 juillet 2015 ou après cette date.

[2] Nous ne voyons aucune erreur dans la décision du juge du procès portant que la défense de provocation était dépourvue de vraisemblance.

[3] La norme de contrôle applicable à la question de savoir si la défense de provocation est vraisemblable est celle de la décision correcte (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 55).

[4] La question clé en l’espèce consiste à déterminer s’il existe une preuve suffisante à l’égard du quatrième élément de la défense de provocation — soit que l’accusé a agi sous l’impulsion du moment.

[5] Même si l’on considère la preuve de la manière la plus favorable à l’accusé, pour les besoins de la présente affaire, il n’a pas été satisfait au volet subjectif de l’analyse de la provocation. L’accusé n’a pas réagi « sous l’impulsion du moment » avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. Affirmer que M. Alas a réagi « sous l’impulsion du moment » au mouvement du défunt pour s’approcher

the culmination of an altercation that Mr. Alas both instigated and anticipated. As he indicated in his statement to the police:

- a) Mr. Alas was aware that the deceased had an altercation with his friend earlier in the evening, during which the deceased closed a door on her head.
- b) Mr. Alas was so upset about the deceased's conduct that he wanted to hit the deceased in the head with a pool cue. He cooled down and did not take this course of action.
- c) When his fiancée and friend went outside to smoke, he told them that he would follow if he saw the deceased go outside as well: "... if I see this guy get up and come out, I'm coming . . . I'll be right behind him" (A.R., vol. II, at p. 103).
- d) Mr. Alas observed the deceased preparing to leave the bar. In anticipation, he went outside to join the two women.
- e) When the deceased came out of the bar, he looked at Mr. Alas' friend. In response to this look, Mr. Alas responded: "... [w]hat the fuck is wrong with you? Do you have a problem"? A verbal altercation ensued involving Mr. Alas, the deceased, and the two women (A.R., vol. II, at p. 104).
- f) During the verbal altercation, Mr. Alas retrieved a knife from his pants pocket and moved it to his jacket pocket "just in case". With the knife gripped in his hand, he stared at the deceased. At his police interview, Mr. Alas said that he stared at the deceased in this way in order to "le[t] him know like if you do anything, um, I would jump on you" (A.R., vol. II, at pp. 167-68).
- g) When Mr. Alas saw the deceased making a fist directed at the women, he immediately jumped in and stabbed him in the throat, although he said that he "wanted to stab him . . . in his chest" (A.R., vol. II, at p. 171). He stabbed the deceased five more times after that.

des femmes et les frapper ne fait pas partie des inférences raisonnables; ce fut plutôt le point culminant d'une altercation dont M. Alas avait été l'instigateur et qu'il avait anticipée. Comme il l'a indiqué dans sa déclaration à la police :

- a) Monsieur Alas savait que le défunt avait eu avec son amie, plus tôt dans la soirée, une altercation au cours de laquelle le défunt avait fermé une porte sur la tête de cette dernière.
- b) Monsieur Alas était tellement furieux à propos de la conduite du défunt qu'il voulait le frapper à la tête avec une queue de billard. Il s'était calmé et n'avait pas posé ce geste.
- c) Quand sa fiancée et son amie sont sorties pour fumer, il leur a dit qu'il les suivrait s'il voyait le défunt sortir lui aussi : [TRADUCTION] « . . . si je vois ce gars se lever et sortir, j'arrive [. . .] je serai juste derrière lui » (d.a., vol. II, p. 103).
- d) Monsieur Alas a observé le défunt se préparer à quitter le bar. Le devançant, il est sorti se joindre aux deux femmes.
- e) Quand le défunt est sorti du bar, il a regardé en direction de l'amie de M. Alas. En réaction à ce regard, M. Alas a répondu : [TRADUCTION] « . . . [q]u'est-ce qui cloche chez toi? T'as un problème »? Il s'en est suivi une altercation verbale impliquant M. Alas, le défunt et les deux femmes (d.a., vol. II, p. 104).
- f) Durant l'altercation verbale, M. Alas a sorti un couteau de la poche de son pantalon et l'a inséré dans la poche de son veston, [TRADUCTION] « juste au cas où ». Serrant le couteau dans sa main, il a fixé le défunt du regard. Lors de son entretien avec les policiers, M. Alas a déclaré avoir fixé le défunt du regard de cette façon afin de [TRADUCTION] « lui faire savoir que, si tu fais quoi que ce soit, hum, je vais te sauter dessus » (d.a., vol. II, p. 167-168).
- g) Quand M. Alas a vu le défunt fermer le poing en direction des femmes, il est intervenu immédiatement et il l'a poignardé à la gorge; il a toutefois dit qu'il [TRADUCTION] « voulait le poignarder [. . .] à la poitrine » (d.a., vol. II, p. 171). Il a par la suite donné cinq autres coups de couteau au défunt.

[6] Accordingly, the appeal is allowed and the conviction is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Rosen & Company, Toronto.

[6] En conséquence, le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Rosen & Company, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

J.D. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. J.D.

2022 SCC 15

File No.: 39370.

Hearing and judgment: November 10, 2021.

Reasons delivered: April 22, 2022.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Continuation of proceedings before another judge — Evidence — Admissibility — Legal framework governing admissibility in evidence in trial that is commenced again, as evidence on merits, of transcripts of testimony from first trial that have been filed with consent of parties — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 669.2(3).

In 2012, the accused was charged with 18 counts of sexual offences committed between 1974 and 1993 that involved victims who were minors, including his daughter and his son. The hearing of the prosecution's evidence began in March 2016 before a first judge of the Court of Québec. The daughter of the accused gave her testimony, both in chief and in cross-examination. Then the accused suffered an attack and the case was postponed for a later date. During the period of the stay of proceedings, the judge fell ill. More than a year later, he was replaced and a new trial was scheduled to be held before another judge.

Under s. 669.2(3) of the *Criminal Code*, if a trial commences again before a new judge sitting alone and no adjudication was made or verdict rendered, the new judge must commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken. In this case, counsel for the parties, by common agreement, filed the transcript of the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

J.D. *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. J.D.

2022 CSC 15

N° du greffe : 39370.

Audition et jugement : 10 novembre 2021.

Motifs déposés : 22 avril 2022.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Continuation des procédures devant un autre juge — Preuve — Admissibilité — Cadre juridique régissant l'admissibilité en preuve, lors d'un procès recommencé, de transcriptions de témoignages rendus lors d'un premier procès, pour valoir comme preuve au fond, lorsque celles-ci sont déposées avec le consentement des parties — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 669.2(3).

En 2012, l'accusé est inculpé de 18 chefs d'accusation pour des infractions de nature sexuelle commises entre 1974 et 1993 à l'endroit de victimes mineures, dont sa fille et son fils. En mars 2016, l'audition de la preuve de la poursuite s'amorce devant un premier juge de la Cour du Québec. La fille de l'accusé témoigne, tant en chef qu'en contre-interrogatoire. Puis, l'accusé éprouve un malaise et le dossier est remis à une date ultérieure. Pendant la suspension du procès, le juge tombe malade. Plus d'un an plus tard, il est remplacé et un nouveau procès est fixé devant un autre juge.

En vertu du par. 669.2(3) du *Code criminel*, lorsqu'un procès recommence devant un nouveau juge siégeant seul et qu'aucune décision ou aucun verdict n'a été rendu, ce dernier doit recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n'avait été présentée. En l'espèce, d'un commun accord, les avocats des parties versent la transcription du

testimony of the daughter of the accused in the record, and it was admitted by the new judge as evidence on the merits. Three other complainants then testified for the prosecution, and the judge found the accused guilty on 9 of the 18 counts. But the Court of Appeal concluded that the new judge should not have accepted that the testimony of the daughter of the accused be filed without ensuring that the consent of the accused was voluntary, informed and unequivocal and that the filing of the testimony in question would not undermine the fairness of the trial. It therefore ordered a new trial on the counts concerning the daughter of the accused (counts 1 and 2), but also on those relating to his son (counts 9 to 13), because one of the acts alleged against the accused concerned an incident involving both his daughter and his son.

Held: The appeal should be allowed and the convictions and the sentences on counts 1, 2 and 9 to 13 restored.

Section 669.2(3) of the *Criminal Code* does not bar a transcript of testimony given at a first trial from being filed as evidence on the merits in a second trial. There is no reason to require, as the Court of Appeal did, an inquiry that is not provided for by law where the parties have consented to the filing of the transcript. Such an inquiry would completely alter the judge's role, minimize the judge's ability to assess the transcript of prior testimony and run counter to the presumption of the competence of counsel. Absent evidence to the contrary, waiver of a procedural right by counsel for an accused is presumed to be intentional.

The grammatical and ordinary sense of the words of s. 669.2 is clear and Parliament's intention is evident. Where a trial is by judge alone, the new judge must commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken and may not require the parties, or one of them, to file evidence from the first trial. But because the section concerns jurisdiction and not evidence, it does not preclude the application of the usual rules with respect to the presentation of evidence. At the outset of the second trial, both the prosecution and the defence are free to proceed as they see fit as regards the presentation of their evidence; they may elect to proceed by filing transcripts of prior testimony. This choice is a tactical decision that resembles other decisions of the same nature in which the judge need not intervene. For the transcript of testimony given at the first trial to be admitted in the second trial as evidence on the merits, all that is needed is that the transcript be duly filed and that the parties consent to its being filed.

témoignage de la fille de l'accusé au dossier, laquelle est admise par le nouveau juge pour valoir comme preuve au fond. Trois autres plaignants témoignent ensuite pour la poursuite, et le juge déclare l'accusé coupable de 9 des 18 chefs d'accusation. Cependant, la Cour d'appel conclut que le nouveau juge n'aurait pas dû accepter que le témoignage de la fille de l'accusé soit versé au dossier sans s'assurer que le consentement de l'accusé était libre, éclairé et non équivoque et que le versement du témoignage en question ne porterait pas atteinte à l'équité du procès. Elle ordonne donc la tenue d'un nouveau procès relativement aux chefs d'accusation concernant la fille de l'accusé (chefs 1 et 2), mais aussi relativement à ceux visant le fils de l'accusé (chefs 9 à 13) puisqu'un des gestes reprochés à l'accusé est lié à un événement mettant en cause à la fois la fille et le fils de l'accusé.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les verdicts de culpabilité et les peines concernant les chefs d'accusation 1, 2 et 9 à 13 sont rétablis.

Le paragraphe 669.2(3) du *Code criminel* n'empêche pas que la transcription d'un témoignage rendu lors d'un premier procès soit déposée comme preuve au fond lors du second procès. Il n'y a pas lieu d'imposer une enquête non prévue par la loi, comme l'a fait la Cour d'appel, lorsque les parties consentent au dépôt de la transcription. Une telle enquête dénature le rôle du juge, minimise sa capacité à apprécier la transcription d'un témoignage antérieur et va à l'encontre de la présomption de compétence de l'avocat. La renonciation à un droit de nature procédurale formulée par l'avocat de l'accusé est présumée volontaire, à moins d'une preuve contraire.

Le sens ordinaire et grammatical du libellé de l'art. 669.2 est clair et l'intention du législateur est manifeste. Lorsque le procès se déroule devant un juge seul, le nouveau juge doit recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n'avait été présentée et ne peut imposer aux parties, ou à l'une d'elles, de verser la preuve faite lors du premier procès. Or, puisque la disposition concerne la juridiction et non la preuve, elle ne fait pas obstacle à l'application des règles habituelles en matière d'administration de la preuve. Dès le début du second procès, tant la poursuite que la défense sont libres de procéder à leur guise en ce qui a trait à l'administration de leur preuve; elles peuvent choisir de procéder par le dépôt de la transcription des témoignages antérieurs. Ce choix est une décision stratégique similaire à d'autres décisions de ce type dans lesquelles le juge n'a pas à s'immiscer. Pour que la transcription d'un témoignage rendu lors du premier procès puisse être admise comme preuve au fond dans le cadre du second procès, il suffit que cette transcription soit dûment déposée et que les parties y consentent.

However, s. 669.2 does not eliminate the judge's residual discretion. As the gatekeeper for trial fairness, the judge retains at all times the power to inquire on his or her own initiative even where doing so is required neither by statute nor at common law. Where there are indications suggesting that the consent of the accused might be vitiated, the court should exercise its residual discretion and investigate further in order to ensure that the consent of the accused to the procedure is voluntary and informed. Section 669.2 does not eliminate the judge's power not to allow a transcript to be filed if he or she finds that the prejudicial effect of filing it would undermine the fairness of the trial. A judge who finds that trial fairness is undermined must intervene.

In this case, the new judge did not unilaterally require the parties to file the transcripts from the first trial. The transcript of the testimony of the daughter of the accused was duly filed and the parties consented to its being filed. There were no indications that might have led the new judge to question the consent of the accused. The second trial of the accused was therefore fair.

Cases Cited

Considered: *Gauthier v. R.*, 2020 QCCA 751; *Jetté v. R.*, 2020 QCCA 750; **referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. A.A.*, 2012 ONSC 3270; *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696; *Dallaire v. R.*, 2021 QCCA 785; *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64; *R. v. White* (1997), 32 O.R. (3d) 722; *R. v. Verma*, 2016 BCCA 220, 336 C.C.C. (3d) 441; *Matheson v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 214; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237; *R. v. Leblanc*, 2010 QCCA 1891, 78 C.R. (6th) 359; *Guenette v. R.*, 2002 CanLII 7883; *R. v. Richards*, 2017 ONCA 424, 349 C.C.C. (3d) 284; *M.R. v. R.*, 2018 QCCA 1983, 53 C.R. (7th) 182; *Jarrah v. R.*, 2017 QCCA 1869; *R. v. Breton*, 2018 ONCA 753, 366 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 606(1.1), Part XX, 669.2 [am. 1994, c. 44, s. 65].

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

L'article 669.2 ne retire toutefois pas au juge son pouvoir discrétionnaire résiduel. En tant que gardien de l'équité du procès, le juge conserve toujours le pouvoir de faire enquête, de son propre chef, même si celle-ci n'est pas requise par la loi ou la common law. Lorsque certains indices portent à croire que le consentement de l'accusé pourrait être vicié, le tribunal devrait user de sa discrétion résiduelle et investiguer davantage afin de s'assurer que le consentement de l'accusé à la procédure est libre et éclairé. L'article 669.2 ne retire pas au juge le pouvoir de refuser le dépôt d'une transcription s'il est d'avis que son effet préjudiciable minerait l'équité du procès. S'il constate une atteinte à l'équité du procès, il doit intervenir.

En l'espèce, le nouveau juge n'a pas, unilatéralement, imposé aux parties de verser les transcriptions du premier procès. La transcription du témoignage de la fille de l'accusé a été dûment déposée au dossier et les parties y ont consenti. Il n'y avait aucun indice qui aurait pu mener le nouveau juge à remettre en question le consentement de l'accusé. Le second procès de l'accusé était donc équitable.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Gauthier c. R.*, 2020 QCCA 751; *Jetté c. R.*, 2020 QCCA 750; **arrêts mentionnés :** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. A.A.*, 2012 ONSC 3270; *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696; *Dallaire c. R.*, 2021 QCCA 785; *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64; *R. c. White* (1997), 32 O.R. (3d) 722; *R. c. Verma*, 2016 BCCA 220, 336 C.C.C. (3d) 441; *Matheson c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 214; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; *R. c. Leblanc*, 2010 QCCA 1891, 78 C.R. (6th) 359; *Guenette c. R.*, 2002 CanLII 7883; *R. c. Richards*, 2017 ONCA 424, 349 C.C.C. (3d) 284; *M.R. c. R.*, 2018 QCCA 1983, 53 C.R. (7th) 182; *Jarrah c. R.*, 2017 QCCA 1869; *R. c. Breton*, 2018 ONCA 753, 366 C.C.C. (3d) 281; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 606(1.1), partie XX, 669.2 [mod. 1994, c. 44, art. 65].

Doctrine et autres documents cités

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Hamilton and Moore JJ.A.), 2020 QCCA 1108, [2020] AZ-51705644, [2020] J.Q. n° 5677 (QL), 2020 CarswellQue 9016 (WL), setting aside in part a decision of Chevalier J.C.Q., 2017 QCCQ 19515, [2017] AZ-51514590, [2017] J.Q. n° 22699 (QL), 2017 CarswellQue 12862 (WL). Appeal allowed.

Nicolas Abran and Isabelle Bouchard, for the appellant.

Martin Binet, for the respondent.

James V. Palangio and Nicolas de Montigny, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

CÔTÉ J. —

I. Introduction

[1] This appeal affords this Court a first opportunity to interpret s. 669.2(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which lays down the rules that apply if a trial judge dies or is unable to continue when no adjudication has been made or verdict rendered. The key issue concerns the rules of evidence in a trial commenced again before a new judge sitting alone. The parties are asking this Court to rule on the legal framework governing the admissibility in evidence in a trial that is commenced again, as evidence on the merits, of transcripts of testimony from a first trial that have been filed by mutual consent.

[2] Section 669.2(3) provides that the judge before whom the proceedings are continued must, if the trial was before a judge alone and no adjudication was made or verdict rendered, commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken. However, s. 669.2 says nothing about whether evidence adduced before the first judge may be

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dutil, Hamilton et Moore), 2020 QCCA 1108, [2020] AZ-51705644, [2020] J.Q. n° 5677 (QL), 2020 CarswellQue 9016 (WL), qui a infirmé en partie une décision du juge Chevalier, 2017 QCCQ 19515, [2017] AZ-51514590, [2017] J.Q. n° 22699 (QL), 2017 CarswellQue 12862 (WL). Pourvoi accueilli.

Nicolas Abran et Isabelle Bouchard, pour l'appelante.

Martin Binet, pour l'intimé.

James V. Palangio et Nicolas de Montigny, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi offre à notre Cour l'occasion d'interpréter pour la première fois le par. 669.2(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, lequel énonce les règles applicables en cas de décès ou d'incapacité du juge du procès d'assumer ses fonctions, lorsqu'aucune décision ni aucun verdict n'a encore été rendu. La question des règles d'administration de la preuve, lors du procès recommencé devant un nouveau juge siégeant seul, se trouve au cœur du litige. Les parties demandent à notre Cour de se prononcer sur le cadre juridique régissant l'admissibilité en preuve, lors d'un procès recommencé, de transcriptions de témoignages rendus lors d'un premier procès, pour valoir comme preuve au fond, lorsque celles-ci sont déposées par consentement mutuel.

[2] Le paragraphe 669.2(3) précise que le juge devant qui les procédures se poursuivent doit recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n'avait été présentée, lorsque le procès a lieu devant un juge seul et qu'aucune décision ou aucun verdict n'a été rendu. Toutefois, rien dans l'art. 669.2 n'indique s'il est permis de soumettre la preuve présentée

adduced as evidence on the merits in the trial that is commenced again.

[3] Although it is common ground that such evidence can be filed at the trial that is commenced again, the parties disagree on the test to be applied when the prosecution and the accused consent to the filing of a transcript of testimony heard by the judge before whom the trial first commenced. The Quebec Court of Appeal, relying on the rule that testimony is conventionally given orally at trial, proposed a two-part inquiry. First, the court must — even if the accused is represented by counsel — determine whether the consent of the accused is voluntary, informed and unequivocal. Second, the court must ensure that the filing of the evidence will not undermine the fairness of the trial. The appellant, Her Majesty the Queen, has appealed to this Court, arguing that the Court of Appeal erred by requiring an inquiry that is not provided for by law.

[4] With all due respect, I conclude that the Court of Appeal erred in its interpretation and application of s. 669.2. There is no reason to require an inquiry that is not provided for by law where the parties have consented to the filing, in a trial that was commenced again, of a transcript of testimony given at a first trial. Such an inquiry would completely alter the judge's role, minimize the judge's ability to assess the transcript of prior testimony and run counter to the presumption of the competence of counsel.

[5] At the end of the hearing before us, this Court allowed the appeal and restored the convictions and the sentences on counts 1, 2 and 9 to 13, with reasons to follow. These are the reasons.

II. Background

[6] The respondent, J.D., was charged in 2012 with 18 counts of sexual offences involving victims who were minors that were committed between 1974 and 1993. Two of the complainants were his children C.D. and S.D., while the other two were his nephew and niece.

devant le premier juge, afin de valoir comme preuve au fond dans le procès recommencé.

[3] S'il existe un consensus sur le fait qu'il est possible qu'une telle preuve soit déposée lors du procès recommencé, les parties ne s'entendent pas sur le test à appliquer lorsque la poursuite et l'accusé consentent au dépôt de la transcription d'un témoignage entendu par le juge devant qui le procès a débuté. Se fondant sur la règle voulant que le témoignage soit traditionnellement rendu de vive voix au procès, la Cour d'appel du Québec propose une enquête en deux temps. D'abord, le tribunal doit vérifier si le consentement de l'accusé — même s'il est représenté par avocat — est libre, éclairé et non équivoque. Ensuite, le tribunal doit s'assurer que le versement de la preuve ne portera pas atteinte à l'équité du procès. L'appelante, Sa Majesté la Reine, se pourvoit devant notre Cour, estimant que la Cour d'appel a commis une erreur en imposant une enquête non prévue par la loi.

[4] Avec beaucoup d'égards, je suis d'avis que la Cour d'appel se méprend dans son interprétation et son application de l'art. 669.2. Il n'y a pas lieu d'imposer une enquête non prévue par la loi lorsque les parties consentent au dépôt, dans le cadre d'un procès recommencé, de la transcription d'un témoignage rendu lors d'un premier procès. Une telle enquête dénature le rôle du juge, minimise sa capacité à apprécier la transcription d'un témoignage antérieur et va à l'encontre de la présomption de compétence de l'avocat.

[5] Au terme de l'audience devant nous, notre Cour a accueilli l'appel et a rétabli les verdicts de culpabilité et les peines concernant les chefs d'accusation 1, 2 et 9 à 13, avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

II. Contexte

[6] L'intimé, J.D., est accusé en 2012 de 18 chefs d'accusation pour des infractions de nature sexuelle commises à l'endroit de victimes mineures entre 1974 et 1993. Deux des plaignants sont ses enfants, C.D. et S.D., alors que les deux autres sont son neveu et sa nièce.

[7] The hearing of the prosecution's evidence began on March 29, 2016, before Judge Valmont Beaulieu of the Court of Québec. C.D., the daughter of the accused, gave her testimony, both in chief and in cross-examination, on March 29 and 30. On March 30, 2016, the respondent suffered an attack, and the case was postponed for a later date. During the period of the stay of proceedings, Judge Beaulieu fell ill.

[8] The case would be postponed several times until, more than a year later, in April 2017, the Court of Québec informed the parties that Judge Beaulieu would be replaced under s. 669.2 of the *Criminal Code*. A new trial was scheduled to begin on September 18, 2017, before Judge Paul Chevalier.

[9] Only C.D. had been heard by the first trial judge. On June 16, 2017, the coordinating judge for the district sent a letter to counsel for the parties that noted their consent to having the transcript of C.D.'s testimony given to the new judge. As a result, counsel for the parties, by common agreement, filed the transcript of C.D.'s testimony in the record. At the opening of the second trial, on September 18, 2017, counsel for the defence reiterated his consent and the transcript of C.D.'s testimony was admitted by Judge Chevalier as evidence on the merits.

III. Judicial History

A. *Court of Québec, 2017 QCCQ 19515 (Judge Chevalier)*

[10] In addition to the transcript filed in lieu of testimony of C.D., three other complainants, including S.D., the respondent's son, testified for the prosecution and described in detail the assaults they had allegedly experienced during their childhood. The assaults recounted by S.D. were corroborated in part by the testimony of C.D., the transcript of which had been filed in the record.

[11] After analyzing the whole of the facts for each complainant, Judge Chevalier found the respondent guilty on 9 of the 18 counts, ordered a conditional stay of proceedings on 2 of the counts and acquitted him

[7] Le 29 mars 2016, l'audition de la preuve de la poursuite s'amorce devant le juge Valmont Beaulieu de la Cour du Québec. La fille de l'accusé, C.D., témoigne les 29 et 30 mars, tant en chef qu'en contre-interrogatoire. Le 30 mars 2016, l'intimé éprouve un malaise et le dossier est remis à une date ultérieure. Pendant la suspension du procès, le juge Beaulieu tombe malade.

[8] Le dossier sera remis à plusieurs reprises jusqu'à ce que, plus d'un an plus tard, en avril 2017, la Cour du Québec informe les parties que le juge Beaulieu sera remplacé en vertu de l'art. 669.2 du *Code criminel*. Un nouveau procès est fixé pour commencer le 18 septembre 2017 devant le juge Paul Chevalier.

[9] Seule C.D. avait été entendue par le juge du premier procès. Le 16 juin 2017, la juge coordonnatrice du district envoie une lettre aux avocats des parties, laquelle fait état de leur consentement à ce que la transcription du témoignage de C.D. soit remise au nouveau juge. En conséquence, d'un commun accord, les avocats des parties versent la transcription du témoignage de C.D. au dossier. À l'ouverture du second procès, le 18 septembre 2017, l'avocat de la défense réitère son consentement et la transcription du témoignage de C.D. est admise par le juge Chevalier pour valoir comme preuve au fond.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Québec, 2017 QCCQ 19515 (le juge Chevalier)*

[10] En plus de la transcription déposée pour valoir témoignage de C.D., trois autres plaignants, dont S.D., le fils de l'intimé, témoignent pour la poursuite et décrivent en détail les agressions qu'ils auraient vécues dans leur enfance. Les agressions relatées par S.D. sont, en partie, corroborées par le témoignage de C.D. dont la transcription a été versée au dossier.

[11] Après avoir analysé l'ensemble des faits pour chaque plaignant, le juge Chevalier déclare l'intimé coupable de 9 des 18 chefs d'accusation, prononce un arrêt conditionnel des procédures sur 2 des chefs et

on 7 other counts, 6 concerning C.D. and the only one concerning J.J.D., another of the respondent's children.

B. *Quebec Court of Appeal, 2020 QCCA 1108 (Dutil, Hamilton and Moore JJA.)*

[12] In the Court of Appeal, five issues with regard to the convictions were stated. Only one of them is relevant to the appeal in this Court: Did the trial judge err in allowing the testimony of C.D., given before another judge, to be filed in the record?

[13] Hamilton J.A., writing for a unanimous court, stressed that the rule stated in s. 669.2(3) of the *Criminal Code* requires the new judge to commence the trial again in its entirety. The Court of Appeal relied on *Gauthier v. R.*, 2020 QCCA 751, and *Jetté v. R.*, 2020 QCCA 750, in which it had ordered new trials in contexts similar to the one in the case at bar. In *Gauthier* and *Jetté*, the Court of Appeal had held that the accused may consent to the filing of evidence that was adduced before the first judge. However, the new judge must not accept that the testimony be filed in the record unless satisfied that the consent of the accused is voluntary, informed and unequivocal. The new judge must also be satisfied that filing the evidence that was adduced before the first judge will not undermine the fairness of the trial.

[14] The Court of Appeal concluded that [TRANSLATION] “the trial judge should not have accepted that [C.D.]’s testimony be filed without ensuring that the consent of the [accused] was voluntary, informed and unequivocal and that the filing of [C.D.]’s testimony would not undermine the fairness of the trial” (para. 36 (CanLII)). If he was not satisfied in this regard, he should not have allowed the evidence in question to be filed as evidence on the merits and should have commenced the trial again in its entirety. In the Court of Appeal’s view, even though the evidence adduced before the first judge was limited to C.D.’s testimony, it was important evidence in a case in which credibility was key.

l’acquitte de 7 autres chefs, soit 6 concernant C.D. et le seul concernant J.J.D., un autre enfant de l’intimé.

B. *Cour d’appel du Québec, 2020 QCCA 1108 (les juges Dutil, Hamilton et Moore)*

[12] Devant la Cour d’appel, cinq questions en litige concernant les déclarations de culpabilité sont formulées. Une seule de ces questions est pertinente pour les fins du pourvoi devant notre Cour, soit : le juge de première instance a-t-il commis une erreur en permettant que le témoignage de C.D., rendu devant un autre juge, soit versé au dossier?

[13] Le juge Hamilton, rédigeant la décision unanime de la cour, souligne que la règle édictée au par. 669.2(3) du *Code criminel* oblige le nouveau juge à recommencer l’instruction au complet. La Cour d’appel s’appuie sur les arrêts *Gauthier c. R.*, 2020 QCCA 751, et *Jetté c. R.*, 2020 QCCA 750, dans lesquels elle avait ordonné de nouveaux procès dans des contextes similaires à celui en l’espèce. Dans *Gauthier* et *Jetté*, la Cour d’appel a reconnu que l’accusé peut consentir au versement de la preuve faite devant le premier juge. Le nouveau juge doit toutefois refuser que le témoignage soit versé au dossier à moins d’être convaincu que le consentement de l’accusé est libre, éclairé et non équivoque. Le nouveau juge doit également être satisfait que le versement de la preuve faite devant le premier juge ne porte pas atteinte à l’équité du procès.

[14] La Cour d’appel conclut que « le juge de première instance n’aurait pas dû accepter que le témoignage de [C.D.] soit versé au dossier sans s’assurer que le consentement de l’[accusé] était libre, éclairé et non équivoque et que le versement du témoignage de [C.D.] ne porterait pas atteinte à l’équité du procès » (par. 36 (CanLII)). S’il n’en était pas satisfait, il devait refuser que cette preuve soit versée comme preuve au fond et il aurait dû recommencer l’instruction au complet. Selon la Cour d’appel, même si la preuve faite devant le premier juge se limitait au témoignage de C.D., il s’agissait d’une preuve importante dans un dossier où la crédibilité est capitale.

[15] The Court of Appeal ordered a new trial on the counts concerning C.D. (counts 1 and 2), but also on those relating to S.D. (counts 9 to 13), because one of the acts alleged against the respondent concerned an incident involving both C.D. and S.D. C.D.'s testimony was a factor relevant to the assessment of the credibility of the respondent and of S.D., because C.D. had contradicted the respondent and corroborated S.D.'s testimony. [TRANSLATION] "It would therefore be dangerous to affirm the convictions relating to [S.D.] if the trial judge did not hear [C.D.]'s testimony" (para. 41). As a result, a motion to set aside the sentences on counts 1 and 2 with respect to C.D. and on counts 9 to 13 with respect to S.D. was also granted.

[16] As for the other two complainants, the incidents in question did not involve C.D., and her testimony was immaterial other than on secondary points. The Court of Appeal affirmed the convictions on counts 14 and 17 in relation to those two complainants. It also affirmed the sentences on these counts.

IV. Issue

[17] This appeal concerns only the counts with respect to C.D. and S.D. and raises only one question: Did the Court of Appeal err in its interpretation and application of s. 669.2 of the *Criminal Code* by requiring a test that is not provided for by law for assessing the validity of the accused's consent to the filing, in a second trial, of a transcript of testimony previously given at a first trial?

V. Analysis

[18] The Court of Appeal acknowledged that s. 669.2(3) of the *Criminal Code* does not preclude the application of the usual rules of evidence: [TRANSLATION] "despite subsection 669.2(3) *Cr.C.*, the accused may consent to the filing of evidence that was adduced before the first judge" (para. 33). It nonetheless held that the judge at the second trial must conduct a two-part inquiry. First, that judge must ask whether the consent given by the accused to the

[15] La Cour d'appel ordonne la tenue d'un nouveau procès relativement aux chefs d'accusation concernant C.D. (chefs 1 et 2), mais aussi relativement à ceux visant S.D. (chefs 9 à 13) puisqu'un des gestes reprochés à l'intimé est lié à un événement mettant en cause à la fois C.D. et S.D. Le témoignage de C.D. est un facteur qui pèse dans l'évaluation de la crédibilité de l'intimé et de S.D., car C.D. contredit l'intimé et corrobore le témoignage de S.D. « Il serait donc dangereux de confirmer les condamnations concernant [S.D.] sans que le juge de première instance ait entendu le témoignage de [C.D.] » (par. 41). En conséquence, la requête visant à annuler les peines en lien avec les chefs d'accusation 1 et 2 à l'égard de C.D. et les chefs d'accusation 9 à 13 à l'égard de S.D. est aussi accueillie.

[16] En ce qui a trait aux deux autres plaignants, les événements en question n'impliquent pas C.D., et son témoignage n'a aucune pertinence sauf sur des questions secondaires. La Cour d'appel confirme les condamnations quant aux chefs 14 et 17 relatifs à ces deux plaignants. Elle confirme également les peines pour ces chefs.

IV. Question en litige

[17] Le présent pourvoi ne concerne que les chefs d'accusation relatifs à C.D. et S.D. et ne soulève qu'une seule question : la Cour d'appel se méprend-elle dans son interprétation et son application de l'art. 669.2 du *Code criminel*, en imposant un test non prévu à la loi afin d'évaluer la valeur du consentement donné par l'accusé pour procéder, dans le cadre d'un second procès, au dépôt de la transcription d'un témoignage rendu antérieurement lors d'un premier procès?

V. Analyse

[18] La Cour d'appel reconnaît que le par. 669.2(3) du *Code criminel* ne constitue pas un obstacle à l'application des règles habituelles en matière d'administration de la preuve : « nonobstant le paragraphe 669.2(3) *C.cr.*, l'accusé peut consentir au versement de la preuve faite devant le premier juge » (par. 33). Malgré tout, elle décide que le juge du second procès doit tenir une enquête en deux temps. En effet, le juge du second procès doit, dans un premier

filing in evidence of a transcript in lieu of testimony was voluntary, informed and unequivocal. Second, the judge must ensure that admitting prior testimony in evidence will not undermine the fairness of the trial.

[19] The inquiry required by the Court of Appeal exceeds the scope of the jurisdictional function of s. 669.2. With respect, I find that the Court of Appeal erred by imposing a test that is not provided for by law. Absent evidence to the contrary, waiver of a procedural right by counsel for an accused is presumed to be intentional.

A. *Section 669.2 of the Criminal Code*

[20] To answer the question raised by this appeal, a statutory interpretation exercise is required. Section 669.2 reads as follows:

Continuation of proceedings

669.2 (1) Subject to this section, where an accused or a defendant is being tried by

- (a) a judge or provincial court judge,
- (b) a justice or other person who is, or is a member of, a summary conviction court, or
- (c) a court composed of a judge and jury,

as the case may be, and the judge, provincial court judge, justice or other person dies or is for any reason unable to continue, the proceedings may be continued before another judge, provincial court judge, justice or other person, as the case may be, who has jurisdiction to try the accused or defendant.

Where adjudication is made

(2) Where a verdict was rendered by a jury or an adjudication was made by a judge, provincial court judge, justice or other person before whom the trial was commenced, the judge, provincial court judge, justice or other person before

temps, faire enquête sur le caractère libre, éclairé et non équivoque du consentement de l'accusé au dépôt en preuve de notes sténographiques pour valoir témoignage. Dans un second temps, il doit s'assurer que l'admission en preuve d'un témoignage antérieur ne portera pas atteinte à l'équité du procès.

[19] L'enquête imposée par la Cour d'appel outre-passe la fonction juridictionnelle de l'art. 669.2. Avec égards, je suis d'avis que la Cour d'appel a fait erreur en exigeant un test non prévu par la loi. La renonciation à un droit de nature procédurale formulée par l'avocat de l'accusé est présumée volontaire, à moins d'une preuve contraire.

A. *L'article 669.2 du Code criminel*

[20] Afin de trancher la question soulevée par le présent pourvoi, il est nécessaire de procéder à un exercice d'interprétation statutaire. L'article 669.2 est ainsi libellé :

Continuation des procédures

669.2 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, lorsqu'un accusé ou un défendeur subit son procès devant, selon le cas :

- a) un juge ou un juge de la cour provinciale;
- b) un juge de paix ou une autre personne qui constitue une cour des poursuites sommaires ou en est membre;
- c) un tribunal composé d'un juge et d'un jury,

et que le juge, le juge de la cour provinciale, le juge de paix ou l'autre personne décède ou pour une autre raison devient incapable d'assumer ses fonctions, les procédures peuvent se poursuivre devant un autre juge, un juge de la cour provinciale, un juge de paix ou une autre personne, selon le cas, qui est compétent pour juger l'accusé ou le défendeur.

Lorsqu'une décision a été rendue

(2) Lorsqu'un verdict a été rendu par le jury ou qu'une décision a été rendue par le juge, le juge de la cour provinciale, le juge de paix ou l'autre personne devant qui le procès a débuté, le juge, le juge de la cour provinciale, le

whom the proceedings are continued shall, without further election by an accused, impose the punishment or make the order that is authorized by law in the circumstances.

If no adjudication made

(3) Subject to subsections (4) and (5), if the trial was commenced but no adjudication was made or verdict rendered, the judge, provincial court judge, justice or other person before whom the proceedings are continued shall, without further election by an accused, commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken.

If no adjudication made — jury trials

(4) If a trial that is before a court composed of a judge and a jury was commenced but no adjudication was made or verdict rendered, the judge before whom the proceedings are continued may, without further election by an accused, continue the trial or commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken.

Where trial continued

(5) Where a trial is continued under paragraph (4)(a) [*sic*], any evidence that was adduced before a judge referred to in paragraph (1)(c) is deemed to have been adduced before the judge before whom the trial is continued but, where the prosecutor and the accused so agree, any part of that evidence may be adduced again before the judge before whom the trial is continued.

[21] Statutory interpretation involves reading the words of a provision “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” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, quoted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26).

[22] The grammatical and ordinary sense of the words of s. 669.2 is clear. Subsections (3) and (4) are in no way ambiguous. The rule of s. 669.2(3), applicable to a trial by judge alone, is strict: the new judge “shall . . . commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken”. In the case

de juge de paix ou l’autre personne devant qui les procédures se poursuivent doit, sans nouveau choix de la part de l’accusé, infliger une peine ou rendre l’ordonnance que la loi autorise dans les circonstances.

Lorsqu’aucune décision n’a été rendue

(3) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), lorsque le procès a débuté et qu’aucune décision ni aucun verdict n’a été rendu, le juge, le juge de la cour provinciale, le juge de paix ou l’autre personne devant qui les procédures se poursuivent doit, sans nouveau choix de la part de l’accusé, recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n’avait été présentée.

Pouvoir du juge

(4) Lorsque le procès a débuté devant un tribunal composé d’un juge et d’un jury et qu’aucune décision ni aucun verdict n’a été rendu, le juge devant qui les procédures se poursuivent peut, sans nouveau choix de la part de l’accusé, continuer les procédures ou recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n’avait été présentée.

Administration de la preuve

(5) La preuve présentée devant le juge visé à l’alinéa (1)c) est réputée avoir été présentée au juge devant qui se poursuivent les procédures, à moins que les parties ne consentent à la présenter de nouveau, en tout ou en partie.

[21] L’interprétation statutaire consiste à lire les termes de la disposition [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26).

[22] Le sens ordinaire et grammatical du libellé de l’art. 669.2 est clair. Les paragraphes (3) et (4) ne posent aucune ambiguïté. Devant un juge seul, la règle du par. (3) est rigide : le nouveau juge « doit [. . .] recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n’avait été présentée ». Devant un juge

of a trial by judge and jury, the rule of s. 669.2(4) is much more flexible: the new judge “may . . . continue the trial or commence the trial again as if no evidence on the merits had been taken”.

[23] The purpose of this section is to preserve trial fairness. A new judge presiding a jury trial may continue the trial or commence the trial again, whereas a new judge sitting alone is required to commence the trial again. In the first case, the trial can continue without undermining trial fairness, because the “trier of facts”, the jury, is not replaced. The situation is different, however, in the case of a trial by judge alone. Because such a judge is both the judge of the law and the trier of facts, the trial cannot simply be resumed at the same place before a new judge (*Gauthier*, at para. 55 (CanLII)). On the contrary, to require the parties to continue the trial would amount to a breach of procedural fairness.

[24] Until the coming into force of a statutory amendment on February 15, 1995, the former s. 669.2 required that the trial be commenced again regardless of whether the trial was by judge alone or by judge and jury. It seems clear from this amendment that Parliament wanted to distinguish the two modes of trial. Parliament’s intention is evident: where a trial is by judge alone and must be commenced again before a new judge, that judge may not require the parties, or one of them, to file evidence from the first trial. The trial must absolutely be commenced again.

[25] This section, which is included in Part XX of the *Criminal Code*, is found in a division entitled “Jurisdiction”. This means that s. 669.2(3) does not preclude the application of the usual rules with respect to the presentation of evidence: it concerns *jurisdiction*, not evidence.

[26] At the outset of the second trial, both the prosecution and the defence are free to proceed as they see fit as regards the presentation of their evidence. The parties may take the conventional approach, the one based on the view that “[t]he law has . . . favoured the evidence of witnesses who give evidence in court because they can be observed” (*R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at para. 19). But

présidant un jury, la règle du par. (4) est beaucoup plus souple : le nouveau juge « peut [. . .] continuer les procédures ou recommencer le procès comme si aucune preuve sur le fond n’avait été présentée ».

[23] L’objet de cet article est la protection de l’équité du procès. Le nouveau juge présidant le procès devant jury peut continuer les procédures ou recommencer le procès, alors que le nouveau juge siégeant seul doit recommencer le procès. Dans le premier cas, le procès peut se poursuivre sans nuire à l’équité du procès puisque le « juge des faits », le jury, n’est pas remplacé. La situation est toutefois différente lors d’un procès devant juge seul. Puisque ce dernier est à la fois juge du droit et juge des faits, le procès ne peut simplement reprendre au même endroit devant un nouveau juge (*Gauthier*, par. 55 (CanLII)). Au contraire, imposer aux parties de continuer le procès constituerait une atteinte à l’équité procédurale.

[24] Jusqu’à l’entrée en vigueur d’une modification législative le 15 février 1995, l’ancien art. 669.2 prévoyait l’obligation de recommencer le procès, que le procès ait lieu devant un juge seul ou un juge et un jury. De cette modification législative, il paraît évident que le législateur souhaitait distinguer les deux modes de procès. L’intention du législateur est manifeste : lorsque le procès se déroule devant un juge seul et que le procès doit recommencer devant un nouveau juge, ce dernier ne peut imposer aux parties, ou à l’une d’elles, de verser la preuve faite lors du premier procès. Il doit absolument recommencer le procès.

[25] Insérée dans la partie XX du *Code criminel*, cette disposition se retrouve sous la section « Jurisdiction ». En conséquence, le par. 669.2(3) ne fait pas obstacle à l’application des règles habituelles en matière d’administration de la preuve; cette disposition concerne la *jurisdiction*, et non la preuve.

[26] Dès le début du second procès, tant la poursuite que la défense sont libres de procéder à leur guise en ce qui a trait à l’administration de leur preuve. Les parties peuvent suivre la méthode traditionnelle, soit celle voulant que « le droit favorise le témoignage d’une personne qui dépose au procès, du fait que le tribunal peut l’observer » (*R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 19). Elles peuvent

the parties may also elect — usually without having to justify their decision — to proceed by filing transcripts of prior testimony. Indeed, the Court of Appeal recognized this in saying that [TRANSLATION] “the accused may consent to the filing of evidence that was adduced before the first judge” (para. 33; see also *Gauthier*, at para. 57; *R. v. A.A.*, 2012 ONSC 3270, at paras. 77-78 (CanLII)).

[27] Yet the Court of Appeal required that the new judge conduct a real inquiry. With respect, I am of the view that it erred by requiring a test that is not provided for by law, as is clear from an analysis of the scheme of the *Criminal Code*. When Parliament intends to require that a judge conduct an inquiry, it does so explicitly. For example, s. 606(1.1) of the *Criminal Code* specifically sets out the factors the court must verify before accepting a guilty plea. It is because of the finality of a guilty plea and its extremely serious consequences — the accused forgoes a trial as well as the presentation of the prosecution’s case against him or her — that the judge must ensure the plea is voluntary, unequivocal and informed (*R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696, at paras. 2-3; *Dallaire v. R.*, 2021 QCCA 785, at para. 17 (CanLII)).

[28] But there is no justification for transposing such an inquiry to a context like the one in the instant case. Electing to file a transcript of testimony from a previous trial does not have the same implications. Although proceeding in this way is not the conventional approach, it is in no way exceptional. This is a tactical decision that resembles other decisions of the same nature, such as choosing to cross-examine a witness, consent to certain admissions or waive a *voir dire* (*Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64, at pp. 73-75; *R. v. White* (1997), 32 O.R. (3d) 722 (C.A.), at p. 751). All such decisions can of course have major repercussions on the outcome of a trial, but they do not require preventive intervention by the court. For example, in analogous circumstances, the British Columbia Court of Appeal stated that “[w]here both Crown and defence counsel agree that hearsay evidence is admissible, the judge is not required to embark on an independent inquiry to determine whether their positions are legally sound”

aussi choisir — habituellement sans devoir se justifier — de procéder par le dépôt de la transcription des témoignages antérieurs. D’ailleurs, la Cour d’appel le reconnaît lorsqu’elle mentionne que « l’accusé peut consentir au versement de la preuve faite devant le premier juge » (par. 33; voir aussi *Gauthier*, par. 57; *R. c. A.A.*, 2012 ONSC 3270, par. 77-78 (CanLII)).

[27] Malgré tout, la Cour d’appel impose au nouveau juge la tenue d’une véritable enquête. Avec égards, je suis d’avis qu’elle fait erreur en exigeant un test non prévu par la loi, tel qu’il ressort d’une analyse de l’économie du *Code criminel*. Ainsi, lorsque le législateur entend imposer la tenue d’une enquête au juge, il le fait explicitement. À titre d’exemple, le par. 606(1.1) du *Code criminel* prévoit spécifiquement les facteurs qui doivent être vérifiés par le tribunal avant d’accepter un plaidoyer de culpabilité. C’est en raison du caractère définitif du plaidoyer de culpabilité et de ses conséquences capitales — l’accusé renonce à la tenue d’un procès et à la présentation de la preuve que la poursuite détient contre lui — que le juge doit s’assurer que le plaidoyer est libre, sans équivoque et éclairé (*R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696, par. 2-3; *Dallaire c. R.*, 2021 QCCA 785, par. 17 (CanLII)).

[28] Rien ne justifie toutefois qu’une telle enquête soit transposée dans un contexte comme celui qui nous occupe. Le choix de déposer en preuve la transcription d’un témoignage recueilli lors d’un procès antérieur n’a pas les mêmes implications. Bien qu’il ne s’agisse pas de la méthode traditionnelle, cette procédure n’a rien d’exceptionnel. Il s’agit d’une décision stratégique similaire à d’autres décisions de ce type, telles que le choix de contre-interroger un témoin, de consentir à certaines admissions ou encore de renoncer à la tenue d’un *voir-dire* (*Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64, p. 73-75; *R. c. White* (1997), 32 O.R. (3d) 722 (C.A.), p. 751). Toutes ces décisions peuvent bien évidemment avoir des repercussions importantes sur l’issue du procès sans pour autant nécessiter l’intervention préventive du tribunal. À titre d’exemple, dans des circonstances analogues, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique exprimait que [TRADUCTION] « [d]ans les cas où tant l’avocat de la Couronne que celui de la défense s’accordent

(*R. v. Verma*, 2016 BCCA 220, 336 C.C.C. (3d) 441, at para. 38 (emphasis added)).

[29] In sum, this statutory interpretation exercise shows how straightforward the provision is. The only function of s. 669.2(3) is to require a judge sitting alone to commence the trial again. Once the judge has done so, the parties have control over the presentation of their own evidence. Therefore, for the transcript of testimony given at the first trial to be admitted in the second trial as evidence on the merits, all that is needed is that the transcript be duly filed and that the parties consent to its being filed (*Matheson v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 214, at pp. 217-18).

[30] Given that the parties have control over their own evidence, the judge must, absent either circumstances in which the legislation — or the common law — requires an inquiry or any indication to the contrary, presume that the professional experience and judgment of counsel have guided him or her in conducting the case in such a way as to protect the client's fundamental interests (*R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 27; *White*, at p. 751).

[31] Calling evidence necessarily involves making tactical decisions in which the judge need not intervene. Not only does the judge need not do so, but he or she should in fact refrain from intervening. This Court recently noted the deference owed to counsel in regard to tactical decisions made in the best interests of the client:

... our adversarial system does accord a high degree of deference to the tactical decisions of counsel. In other words, while courts may sanction the conduct of the litigants, they should generally refrain from interfering with the conduct of the litigation itself. In *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688, at paras. 36-37, this Court explained why judges should be very cautious before interfering with tactical decisions:

pour dire qu'un élément de preuve constituant du ouï-dire est admissible, le juge n'est pas tenu de se lancer de façon indépendante dans une enquête visant à déterminer si leurs positions sont juridiquement valables » (*R. c. Verma*, 2016 BCCA 220, 336 C.C.C. (3d) 441, par. 38 (je souligne)).

[29] En somme, cet exercice d'interprétation statutaire confirme la simplicité de la disposition. Le paragraphe 669.2(3) n'a comme seule fonction que d'imposer au juge siégeant seul de recommencer le procès. Une fois le procès recommencé, les parties sont maîtres de l'administration de leur preuve. Ainsi, pour que la transcription d'un témoignage rendu lors du premier procès puisse être admise comme preuve au fond dans le cadre du second procès, il suffit que cette transcription soit dûment déposée et que les parties y consentent (*Matheson c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 214, p. 217-218).

[30] En effet, les parties étant maîtres de leur preuve, le juge, en l'absence de circonstances où la loi — ou la common law — prévoit la nécessité d'une enquête, ou d'indices à l'effet contraire, doit présumer que l'expérience professionnelle et le jugement de l'avocat le guident dans la conduite du dossier de manière à préserver l'intérêt fondamental de son client (*R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 27; *White*, p. 751).

[31] L'administration de la preuve implique nécessairement la prise de décisions stratégiques dans lesquelles le juge n'a pas à s'immiscer. Non seulement le juge n'a pas à le faire, mais il devrait s'abstenir d'intervenir. Notre Cour a récemment rappelé la déférence à laquelle un avocat a droit à l'égard des décisions tactiques qu'il prend dans le meilleur intérêt de son client :

... notre système accusatoire fait effectivement preuve d'une grande retenue envers les décisions tactiques des avocats. Autrement dit, bien que les tribunaux puissent sanctionner la conduite des parties au litige, ils doivent généralement s'abstenir de s'immiscer dans la conduite du litige en tant que tel. Dans *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688, par. 36-37, notre Cour explique pourquoi les juges doivent être très prudents avant de s'immiscer dans des décisions tactiques :

In an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel . . . [C]ounsel will generally be in a better position to assess the wisdom, in light of their overall trial strategy, of a particular tactical decision than is the trial judge. By contrast, trial judges are expected to be impartial arbiters of the dispute before them; the more a trial judge second-guesses or overrides the decisions of counsel, the greater is the risk that the trial judge will, in either appearance or reality, cease being a neutral arbiter and instead become an advocate for one party. . . . [Emphasis in original deleted.]

(*R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 59)

[32] However, s. 669.2 does not eliminate the judge’s residual discretion (see, by analogy, *R. v. R.V.*, 2019 SCC 41, [2019] 3 S.C.R. 237, at para. 75). As the gatekeeper for trial fairness, the judge retains at all times the power to inquire on his or her own initiative even where doing so is required neither by statute nor at common law. Where there are indications suggesting that the consent of the accused might be vitiated, the court should exercise its residual discretion and investigate further in order to ensure that the consent of the accused to the procedure is voluntary and informed (*Gauthier; Jetté*).

[33] *Gauthier* is of some interest in this regard. In that case, the defence had announced — after all the evidence had been called and all that remained was to render the verdict — that the accused could not afford to have the trial commence again in its entirety owing to a lack of financial resources. In this way, the accused was consenting to all the transcripts from the first trial being filed as evidence on the merits before the judge charged with commencing the trial again and rendering judgment. The Court of Appeal, having indications before it that suggested that the consent of the accused had not been voluntary and informed, ordered a new trial. Because the trial judge had not inquired further into the consent of the accused, the fairness of the trial had been undermined. This leads to the inference that had there been no such indications, an inquiry would probably not have been necessary.

Dans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats [. . .] [L]’avocat sera habituellement mieux placé que le juge du procès pour apprécier l’opportunité d’une décision tactique particulière en fonction de sa stratégie globale. Le juge du procès, lui, doit agir en arbitre impartial du litige dont il est saisi; plus un juge remet en question ou annule les décisions d’un avocat, plus il risque de s’écarter, en apparence ou dans les faits, de son rôle d’arbitre neutre et de devenir l’avocat de l’une des parties . . . [Italique dans l’original omis.]

(*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 59)

[32] Toutefois, l’art. 669.2 ne retire pas au juge son pouvoir discrétionnaire résiduel (voir, par analogie, *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, par. 75). En tant que gardien de l’équité du procès, le juge conserve toujours le pouvoir de faire enquête, de son propre chef, même si celle-ci n’est pas requise par la loi ou la common law. Lorsque certains indices portent à croire que le consentement de l’accusé pourrait être vicié, le tribunal devrait user de sa discrétion résiduelle et investiguer davantage afin de s’assurer que le consentement de l’accusé à la procédure est libre et éclairé (*Gauthier; Jetté*).

[33] À cet égard, l’affaire *Gauthier* comporte un certain intérêt. Dans cette affaire, la défense avait annoncé — alors que la preuve était close et qu’il ne restait qu’à prononcer le verdict — que l’accusé ne pouvait se permettre que le procès recommence au complet, faute de ressources financières. Ce faisant, l’accusé consentait à ce que l’ensemble des transcriptions du premier procès soient déposées comme preuve au fond devant le juge chargé de recommencer le procès et de rendre jugement. La Cour d’appel, ayant devant elle des indices qui laissaient croire que le consentement de l’accusé n’était pas libre et éclairé, a ordonné un nouveau procès. À défaut pour le juge de première instance de s’enquérir davantage du consentement de l’accusé, l’équité du procès avait été minée. Il y a lieu d’en déduire qu’en l’absence de tels indices, une enquête n’aurait probablement pas été nécessaire.

[34] Before concluding, I emphasize that the accused in the case at bar was represented by counsel. This Court is therefore not required to determine whether the trial judge's duty to a self-represented accused would be different. Allow me nonetheless to digress by making a few comments, although without ruling definitively on this issue. In the case of a self-represented accused, the court has a duty to ensure that the accused can have a fair trial that is respectful of his or her fundamental rights. The judge is at that time [TRANSLATION] "charged with a particular responsibility" to ensure that the trial is fair (*R. v. Leblanc*, 2010 QCCA 1891, 78 C.R. (6th) 359, at para. 47). The judge has, in this sense, a duty to assist the accused (*Guenette v. R.*, 2002 CanLII 7883 (Que. C.A.), at para. 20; *R. v. Richards*, 2017 ONCA 424, 349 C.C.C. (3d) 284, at para. 110). This duty to assist is [TRANSLATION] "variable", however, as it differs according to the circumstances and is limited to what is reasonable (*M.R. v. R.*, 2018 QCCA 1983, 53 C.R. (7th) 182, at para. 25, citing *Jarrah v. R.*, 2017 QCCA 1869, and *R. v. Breton*, 2018 ONCA 753, 366 C.C.C. (3d) 281, at para. 13; see also *Richards*, at paras. 110-11). Although the court is not required to give advice to the accused, it must be reasonably certain that the accused is aware of his or her procedural rights. It could be necessary in such circumstances to inquire further into the consent of the accused. I will now return to the matter at hand.

[35] In sum, s. 669.2(3) does not bar a transcript of testimony given at a first trial from being filed as evidence on the merits in a second trial, nor does it require an inquiry by the judge in this regard. Nevertheless, s. 669.2 does not eliminate the judge's power not to allow a transcript to be filed if he or she finds that the prejudicial effect of filing it would undermine the fairness of the trial. A judge who finds that trial fairness is undermined must intervene.

[36] Let us now turn to the situation in this case.

B. *Application*

[37] The trial did in fact commence again before Judge Chevalier. He did not unilaterally require the parties to file the transcripts from the first trial. As I mentioned above, for the transcript of C.D.'s testimony

[34] Avant de conclure, je précise que l'accusé était représenté par avocat dans la présente affaire. Notre Cour n'est donc pas appelée à déterminer si le devoir du juge du procès envers un accusé se représentant seul diffère. J'ouvre tout de même une parenthèse pour formuler quelques remarques, sans toutefois me prononcer définitivement. Lorsque l'accusé se représente seul, le tribunal a le devoir de s'assurer que ce dernier a droit à un procès équitable, respectueux de ses droits fondamentaux. Le juge est, à ce moment, « investi d'une responsabilité particulière » afin d'assurer l'équité du procès (*R. c. Leblanc*, 2010 QCCA 1891, 78 C.R. (6th) 359, par. 47). Il a, en ce sens, une obligation d'assistance envers l'accusé (*Guenette c. R.*, 2002 CanLII 7883 (C.A. Qc), par. 20; *R. c. Richards*, 2017 ONCA 424, 349 C.C.C. (3d) 284, par. 110). Cette obligation d'assistance est toutefois à « géométrie variable » puisqu'elle diffère selon les circonstances et se limite à ce qui est raisonnable (*M.R. c. R.*, 2018 QCCA 1983, 53 C.R. (7th) 182, par. 25, citant *Jarrah c. R.*, 2017 QCCA 1869, et *R. c. Breton*, 2018 ONCA 753, 366 C.C.C. (3d) 281, par. 13; voir aussi *Richards*, par. 110-111). Sans avoir à conseiller l'accusé, il incombe au tribunal d'être raisonnablement certain que ce dernier connaît la teneur de ses droits procéduraux. Il pourrait être nécessaire, dans de telles circonstances, de s'enquérir davantage du consentement de l'accusé. Je ferme la parenthèse.

[35] En somme, le par. 669.2(3) n'empêche pas que la transcription d'un témoignage rendu lors d'un premier procès soit déposée comme preuve au fond lors du second procès, et ce, sans nécessité d'enquête de la part du juge. Néanmoins, l'art. 669.2 ne retire pas au juge le pouvoir de refuser le dépôt d'une transcription s'il est d'avis que son effet préjudiciable minerait l'équité du procès. S'il constate une atteinte à l'équité du procès, il doit intervenir.

[36] Voyons ce qu'il en est en l'espèce.

B. *Application*

[37] Le procès a bel et bien recommencé devant le juge Chevalier. Ce dernier n'a pas, unilatéralement, imposé aux parties de verser les transcriptions du premier procès. Comme je l'ai mentionné, pour

to be admitted in evidence, all that was needed was that the transcript be duly filed and that the parties consent to its being filed. Both these conditions were met in this case. The respondent's second trial was fair.

[38] First, I note that it was the prosecution, not the defence, that decided — despite the weaknesses of C.D.'s testimony — not to enhance its evidence and not to call her to testify again. If the prosecution had decided to call C.D. again, the accused could not have objected to that, as she was a witness for the prosecution.

[39] Second, the accused was in no way obligated to consent to the filing of the transcript of C.D.'s testimony. Consenting to the filing of the transcript was a tactical decision, and I would add that this tactic seems to have worked, given that the accused was acquitted on six of the eight counts with respect to C.D.

[40] If the accused had refused to consent to the filing of the transcript of C.D.'s testimony, the prosecution would have had no choice but to have C.D. testify again (there is nothing in the evidence to suggest that the prosecution could not have called her again) or to abandon that evidence. As well, Judge Chevalier could not himself have forced the accused to consent to the filing of the transcript as evidence on the merits, especially given that no exception to the hearsay rule had been raised. What is more, the accused could have withdrawn his consent either before Judge Chevalier or on appeal by claiming, for example, ineffective assistance of his counsel.

[41] But that did not happen. In all likelihood, the accused, on his counsel's advice, considered that it was to his advantage to consent to the filing of the transcript. I would add that at no time did the accused cast any doubt on his consent to proceeding in this way. It was not even included among his grounds of appeal in the Court of Appeal. Before being invited by the Court of Appeal to make submissions on this point, the accused never suggested that his consent to the filing of the transcript of C.D.'s testimony was vitiated or, at the very least, that he had changed his mind.

accepter en preuve la transcription du témoignage de C.D., il suffisait que cette transcription soit dûment déposée au dossier et que les parties y consentent. En l'espèce, ces deux conditions sont remplies. Le second procès de l'intimé était équitable.

[38] En premier lieu, je rappelle que c'est la poursuite, et non la défense, qui a pris la décision de ne pas bonifier sa preuve et de ne pas faire témoigner C.D. à nouveau, malgré les faiblesses de son témoignage. Si la poursuite avait décidé de faire témoigner C.D. à nouveau, l'accusé n'aurait pu s'y opposer, C.D. étant un témoin de la poursuite.

[39] En deuxième lieu, rien n'obligeait l'accusé à consentir au dépôt de la transcription du témoignage de C.D. Consentir à ce dépôt était une décision stratégique — stratégie qui, au surplus, semble avoir fonctionné puisque l'accusé a été acquitté de six des huit chefs d'accusation concernant C.D.

[40] Si l'accusé avait refusé de consentir au dépôt de la transcription du témoignage de C.D., la poursuite n'aurait eu d'autre choix que de faire témoigner C.D. à nouveau (rien dans la preuve n'indique que la poursuite n'aurait pu appeler C.D. à témoigner à nouveau) ou de renoncer à cette preuve. Le juge Chevalier n'aurait pu, lui non plus, imposer à l'accusé de consentir au dépôt de cette transcription pour valoir comme preuve au fond, d'autant plus qu'aucune exception à la règle interdisant le oui-dire n'a été soulevée. Qui plus est, l'accusé aurait pu retirer son consentement, devant le juge Chevalier ou en appel, en invoquant, par exemple, l'assistance ineffective de son avocat.

[41] Or, il n'en est rien. Vraisemblablement, l'accusé, conseillé par son avocat, a jugé qu'il était à son avantage de consentir au dépôt de la transcription. D'ailleurs, je note qu'en aucun temps l'accusé n'a laissé planer un quelconque doute quant à son consentement à procéder de cette façon. Il ne s'agissait même pas de l'un de ses moyens d'appel devant la Cour d'appel. Avant d'être invité à faire des représentations à cet égard par la Cour d'appel, l'accusé n'a jamais évoqué que son consentement au dépôt de la transcription du témoignage de C.D. était vicié ou, à tout le moins, qu'il avait changé d'idée.

[42] Contrary to the situation in *Gauthier*, there were no indications in the instant case that might have led Judge Chevalier to question the consent of the accused. When he received the parties' consent, he was satisfied that the fairness of the trial was assured. The fact that Judge Chevalier presumed that the consent of the accused was valid does not constitute procedural unfairness. On the contrary, it is consistent with the guiding principles of criminal procedure.

[43] Furthermore, the Court of Appeal erred in concluding that, because the transcript of C.D.'s testimony was [TRANSLATION] "important evidence in a case in which credibility was key", Judge Chevalier should not have admitted it without ensuring that the respondent's consent was voluntary, informed and unequivocal and that its filing would not undermine the fairness of the trial (para. 37). Conducting a defence necessarily involves making tactical decisions in which the judge need not intervene, especially when the accused is duly represented by counsel. The fact that credibility is in issue changes nothing in this case.

[44] As the appellant explains,

[TRANSLATION] [t]he effect of the Court of Appeal's decision is that it is hard, if not impossible, to imagine a case in which the judge before whom a trial commences again can admit in evidence a transcript of testimony of a victim of a crime whose credibility is in issue. Only ancillary testimony would be compatible with the stated conditions. The Court of Appeal is practically prohibiting an accused from consenting to the filing of such evidence upon the resumption of the trial.

(A.F., at para. 48)

[45] As to the counts with respect to S.D., I find that the Court of Appeal also erred in ordering a new trial solely on the basis that C.D.'s testimony was a relevant factor in the assessment of the acts committed against S.D.

[46] C.D.'s testimony was not necessary in order to find the accused guilty on the counts involving S.D. In

[42] Contrairement à la situation qui prévalait dans l'arrêt *Gauthier*, il n'y avait aucun indice dans le cas présent qui aurait pu mener le juge Chevalier à remettre en question le consentement de l'accusé. Au moment où ce dernier recevait le consentement des parties, il était satisfait du maintien de l'équité du procès. Le fait que le juge Chevalier ait présumé de la validité du consentement de l'accusé ne constitue pas une iniquité procédurale. Au contraire, cela s'harmonise avec les principes directeurs en matière criminelle.

[43] De plus, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le juge Chevalier aurait dû refuser le dépôt de la transcription du témoignage de C.D., à moins de s'assurer que le consentement de l'intimé était libre, éclairé et non équivoque et que le dépôt ne porterait pas atteinte à l'équité du procès, puisqu'il s'agissait « d'une preuve importante dans un dossier où la crédibilité est capitale » (par. 37). L'administration de la défense implique nécessairement la prise de décisions stratégiques dans lesquelles le juge n'a pas à s'immiscer, surtout lorsque l'accusé est dûment représenté par un avocat. Qu'il soit question de crédibilité n'y change rien en l'espèce.

[44] Comme l'expose l'appelante,

[s]uivant l'arrêt de la Cour d'appel, il devient difficile, voire impossible, d'envisager un cas où le juge, devant qui le procès recommence, pourrait accepter le dépôt en preuve de la transcription d'un témoignage d'une victime d'un acte criminel dont la crédibilité est en jeu. Seuls les témoignages accessoires permettraient de respecter les conditions édictées. La Cour d'appel interdit pratiquement à un accusé de consentir au versement d'une telle preuve à la reprise de son procès.

(m.a., par. 48)

[45] En ce qui a trait aux chefs d'accusation relatifs à S.D., je suis d'avis que la Cour d'appel a également commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès au seul motif que le témoignage de C.D. était un facteur pertinent dans l'évaluation des gestes posés à l'égard de S.D.

[46] Le témoignage de C.D. n'était pas nécessaire pour déclarer l'accusé coupable des chefs impliquant

assessing the evidence with respect to S.D., Judge Chevalier used the transcript of C.D.’s testimony to only a limited extent. And that limited use did not have the effect of vitiating all of the findings of fact (independent of C.D.’s testimony) Judge Chevalier reached.

[47] It is clear from Judge Chevalier’s reasons that he was satisfied, independently of C.D.’s corroboration — which, as I said, was not necessary — that the assaults alleged by S.D. actually took place. Judge Chevalier stated that he believed S.D. [TRANSLATION] “because of the consistency between what he said and the accounts he had given previously, because of the lack of any sort of collusion with his sister, whom he even contradicted at times, and because of the objectivity he displayed in testifying, despite the contradictions by the accused and Ms. G., regarding the photos in particular” (para. 115 (CanLII)). Judge Chevalier then added that he [TRANSLATION] “believes [S.D.]’s testimony and is satisfied beyond a reasonable doubt that the other types of sexual assault he experienced . . . the descriptions of which are very detailed, took place” (para. 118). As a result, [TRANSLATION] “[t]his limited corroboration could not cast doubt on the conclusion concerning S.D.’s credibility” (A.F., at para. 104).

[48] In sum, because the parties had agreed to proceed with the filing of the transcript of C.D.’s testimony, Judge Chevalier had only to determine the weight to be given to it. The absence of C.D. at trial goes to the weight of her testimony, not to its admissibility (*R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 79). The Court of Appeal should not have questioned the valid consent of the accused, which resulted from the exercise of reasonable professional judgment. That tactical decision by his counsel “[fell] within the wide latitude afforded counsel in the conduct of the case” (I.F., at para. 13).

[49] In conclusion, I must specify that it would not be appropriate to remand the appeal to the Court of Appeal. The accused has appealed to this Court on only a single issue and has neither reiterated nor

S.D. Dans le cadre de son évaluation de la preuve concernant S.D., le juge Chevalier n’a utilisé la transcription du témoignage de C.D. que de manière limitée. Et cette utilisation limitée n’a pas eu pour effet de vicier toutes les conclusions de fait (indépendantes du témoignage de C.D.) auxquelles le juge Chevalier est arrivé.

[47] Il ressort clairement de son jugement que le juge Chevalier était convaincu, indépendamment de la corroboration de C.D. — non nécessaire rappelons-le — que les agressions alléguées par S.D. ont bel et bien eu lieu. Le juge Chevalier affirme qu’il croit S.D. « pour la cohérence de ses propos avec les versions antérieures qu’il a données, pour l’absence de collusion de quelque sorte avec sa sœur qu’il a même contredite par moments, pour l’objectivité qu’il a manifestée en témoignant, et ce malgré les contradictions apportées par l’accusé et madame G., notamment au sujet des photos » (par. 115 (CanLII)). Plus loin, le juge Chevalier ajoute qu’il « croit le témoignage de [S.D.] et est convaincu hors de tout doute raisonnable de la survenance des autres types d’agressions sexuelles qu’il a subies, [. . .] et dont les descriptions sont très détaillées » (par. 118). Ainsi, la « conclusion concernant la crédibilité de S.D. ne pouvait pas être remise en doute par cette corroboration limitée » (m.a., par. 104).

[48] En somme, comme les parties se sont entendues pour procéder avec le dépôt de la transcription du témoignage de C.D., le juge Chevalier n’avait qu’à soupeser le poids à lui accorder. L’absence de C.D. au procès influe sur le poids et non sur l’admissibilité de son témoignage (*R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 79). La Cour d’appel n’aurait pas dû remettre en cause le consentement valide de l’accusé, lequel découlait de l’exercice d’un jugement professionnel raisonnable. Cette décision stratégique, formulée par son avocat, [TRADUCTION] « [relevait] de la grande latitude accordée aux avocats dans la conduite de leur cause » (m. interv., par. 13).

[49] En terminant, je précise qu’il n’y a pas lieu de renvoyer l’affaire devant la Cour d’appel. En effet, l’accusé n’a saisi notre Cour que d’une seule question et n’a ni réitéré ni insisté sur les autres moyens qu’il

stressed the other grounds he raised in the Court of Appeal. To return the case to that court would not be an efficient use of judicial resources.

VI. Conclusion

[50] I would allow the appeal. The convictions and the sentences on counts 1, 2 and 9 to 13 are restored.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Gatineau.

Solicitors for the respondent: Noël et Associés, Gatineau.

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

avait soulevés devant la Cour d'appel. Retourner l'affaire ne serait pas une utilisation efficace des ressources judiciaires.

VI. Conclusion

[50] Je suis d'avis d'accueillir l'appel. Les verdicts de culpabilité et les peines concernant les chefs d'accusation 1, 2 et 9 à 13 sont rétablis.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Gatineau.

Procureurs de l'intimé : Noël et Associés, Gatineau.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Patrick Dussault *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Criminal Lawyers' Association,
Association québécoise des avocats
et avocates de la défense and
Association des avocats de la défense
de Montréal-Laval-Longueuil**
Interveners

INDEXED AS: R. v. DUSSAULT

2022 SCC 16

File No.: 39330.

2021: December 3; 2022: April 29.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté,
Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused speaking with lawyer on telephone from police station — Call ending in belief that police had agreed to allow them to continue conversation at station — Police refusing to let accused meet with lawyer when he arrived at station — Police subsequently conducting interrogation resulting in accused making incriminating statement — Whether police required to provide accused with further opportunity to consult counsel before interrogation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

In August 2013, the accused was arrested on charges of murder and arson. The police informed him of his rights, including his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*. At the police station, the accused spoke to a lawyer on the phone who explained the charges against him and his right

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Patrick Dussault *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
Criminal Lawyers' Association,
Association québécoise des avocats
et avocates de la défense et
Association des avocats de la défense
de Montréal-Laval-Longueuil**
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. DUSSAULT

2022 CSC 16

N° du greffe : 39330.

2021 : 3 décembre; 2022 : 29 avril.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin,
Kasirer et Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Conversation téléphonique entre l'accusé et un avocat alors que le premier se trouve au poste de police — L'accusé et l'avocat mettent fin à l'appel croyant que les policiers ont accepté de leur permettre de continuer leur conversation au poste de police — Les policiers refusent de laisser l'accusé rencontrer son avocat lorsque ce dernier arrive au poste — Les policiers procèdent subséquemment à un interrogatoire au cours duquel l'accusé fait une déclaration incriminante — Les policiers avaient-ils l'obligation de fournir à l'accusé une possibilité additionnelle de consulter un avocat avant de l'interroger? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

En août 2013, l'accusé a été arrêté relativement à des accusations de meurtre et d'incendie criminel. Les policiers l'ont informé de ses droits, y compris du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat qui lui est garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. Au poste de police, l'accusé a parlé

to remain silent. The lawyer was left with the impression that the accused was not processing or understanding his advice. He offered to come to the station to meet in person, and the accused accepted. The lawyer then spoke with a police officer, informed him that he was coming to the police station and asked that the investigation be suspended. The police officer responded that this would be no problem or no trouble. The lawyer spoke again with the accused. He confirmed that he was coming to the police station to meet with him and he explained that, in the interim, he would be placed in a cell. The lawyer also told him not to speak to anyone.

Subsequently, during a conversation between the police officer and the lead investigators on the file, it was decided that the lawyer would not be permitted to meet with the accused. The police officer phoned the lawyer and informed him of this decision. The lawyer nevertheless came to the police station, but was not permitted to meet with the accused. The police officer later went to the accused's cell and told him that another officer was ready to meet with him. The accused asked whether his lawyer had arrived, to which the police officer responded that the lawyer was not at the police station. The accused was then subjected to an interrogation, during which he made an incriminating statement.

At trial, the accused moved to exclude the statement on the basis that it was obtained in violation of his *Charter* rights, notably his right to counsel under s. 10(b). The trial judge held that the incriminating statement was admissible. She found that the accused had exercised his right to counsel, and that the police could reasonably presume that he had done so in a satisfactory manner. The accused was convicted of murder, and appealed from the conviction on the basis that the trial judge erred in dismissing his motion to exclude the incriminating statement. The Court of Appeal unanimously allowed the appeal, quashed the verdict, and ordered a new trial. It concluded that the accused's phone call with the lawyer did not constitute a complete consultation for the purposes of s. 10(b) and that, as a result, the accused's right to the effective assistance of counsel was breached.

Held: The appeal should be dismissed.

In the unique circumstances of the instant case, the police were required to provide the accused with a further opportunity to consult counsel before questioning him. There were objectively observable indicators that the

au téléphone à un avocat qui lui a expliqué les accusations portées contre lui ainsi que son droit de garder le silence. L'avocat a eu l'impression que l'accusé ne comprenait pas ses conseils. Il a offert de se rendre au poste de police pour le rencontrer en personne, et l'accusé a accepté. L'avocat a ensuite parlé avec un policier, l'a informé qu'il se rendait au poste de police et il a demandé que l'enquête soit suspendue. Le policier a répondu qu'il n'y aurait pas de problème, pas de trouble. L'avocat a de nouveau parlé avec l'accusé. Il a confirmé qu'il allait se rendre au poste de police pour le rencontrer, et il lui a expliqué que, dans l'intervalle, on le placerait dans une cellule. L'avocat lui a également dit de ne parler à personne.

Subséquemment, durant une conversation entre le policier et les enquêteurs principaux au dossier, il a été décidé que l'avocat ne serait pas autorisé à rencontrer l'accusé. Le policier a téléphoné à l'avocat et l'a informé de cette décision. L'avocat s'est néanmoins présenté au poste de police, mais on ne lui a pas permis de rencontrer l'accusé. Le policier est plus tard allé à la cellule de l'accusé et lui a dit qu'un autre policier était prêt à le rencontrer. L'accusé lui a demandé si son avocat était arrivé, ce à quoi le policier a répondu que l'avocat n'était pas au poste de police. L'accusé a ensuite été soumis à un interrogatoire au cours duquel il a fait une déclaration incriminante.

Au procès, l'accusé a sollicité l'exclusion de la déclaration, au motif qu'elle avait été obtenue en violation des droits qui lui sont garantis par la *Charte*, notamment le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat prévu par l'al. 10b). La juge du procès a conclu que la déclaration incriminante était admissible. Elle a statué que l'accusé avait exercé son droit à l'assistance d'un avocat, et que les policiers pouvaient raisonnablement présumer qu'il l'avait exercé de manière satisfaisante. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre, et il a interjeté appel de la déclaration de culpabilité au motif que la juge du procès avait commis une erreur en rejetant sa requête sollicitant l'exclusion de la déclaration incriminante. La Cour d'appel a, à l'unanimité, accueilli l'appel, annulé le verdict et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Elle a conclu que l'appel téléphonique entre l'accusé et l'avocat ne constituait pas une consultation complète pour l'application de l'al. 10b) et que, en conséquence, le droit de l'accusé à l'assistance effective d'un avocat a été violé.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, les policiers avaient l'obligation de donner à l'accusé une possibilité additionnelle de consulter un avocat avant de l'interroger. Il existait des indices objectivement

police conduct had the effect of undermining the legal advice that the lawyer provided the accused during their telephone call. Therefore, even if the call was a complete consultation in its own right, the police were nevertheless required to provide the accused with a second opportunity to consult counsel. In failing to do so, they breached the accused's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

Section 10(b) of the *Charter* provides that everyone has the right on arrest or detention to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. Stated at its broadest, the purpose of the right to counsel is to provide a detainee with an opportunity to obtain legal advice relevant to their legal situation. Police must inform detainees of the right to counsel (the informational duty) and must provide detainees who invoke this right with a reasonable opportunity to exercise it (the implementational duty). Failure to comply with either duty results in a breach of s. 10(b). Police can typically discharge their implementational duty by facilitating a single consultation at the time of detention or shortly thereafter. Detainees do not have a right to obtain, and police do not have a duty to facilitate, the continuous assistance of counsel. Once a detainee has consulted with counsel, the police are entitled to begin eliciting evidence.

There are, however, exceptions to this general rule. The law has thus far recognized three categories of changed circumstances that can renew a detainee's right to consult counsel: new procedures involving the detainee; a change in the jeopardy facing the detainee; or reason to believe that the first information provided was deficient. For any of these changed circumstances to give rise to a right to reconsult, they must be objectively observable. As a specific example of the third category of changed circumstances, the right to counsel may be renewed if police undermine the legal advice that the detainee has received. Police can undermine legal advice by undermining confidence in the lawyer who provided that advice. A detainee's confidence in counsel anchors the solicitor-client relationship and allows for the effective provision of legal advice. When the police undermine a detainee's confidence in counsel, the legal advice that counsel has already provided may become distorted or nullified. Police are required to provide a new

observables montrant que la conduite des policiers a eu pour effet de miner les conseils juridiques donnés à l'accusé par l'avocat pendant leur conversation téléphonique. Par conséquent, même si l'appel téléphonique a constitué une consultation complète en soi, les policiers avaient néanmoins l'obligation de donner à l'accusé une seconde possibilité de consulter un avocat. En omettant de le faire, ils ont violé le droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*.

L'alinéa 10b) de la *Charte* précise que chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. Exprimé de la manière la plus large possible, l'objet du droit à l'assistance d'un avocat consiste à fournir au détenu l'occasion d'obtenir des conseils juridiques propres à sa situation juridique. Les policiers doivent informer les détenus de leur droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat (l'obligation d'information), et ils doivent fournir aux détenus qui invoquent ce droit une possibilité raisonnable de l'exercer (l'obligation de mise en application). L'inobservation de l'une ou l'autre de ces obligations entraîne une violation de l'al. 10b). Les policiers peuvent normalement s'acquitter de leur obligation de mise en application en facilitant une seule consultation, au moment de la mise en détention ou peu après celle-ci. Les détenus n'ont pas le droit d'obtenir l'assistance continue d'un avocat, et les policiers n'ont pas l'obligation de faciliter une telle assistance. Une fois qu'un détenu a consulté un avocat, les policiers ont le droit de commencer à recueillir des éléments de preuve.

Il existe toutefois des exceptions à cette règle générale. Le droit a jusqu'ici reconnu trois catégories de changements de circonstances pouvant faire renaître le droit d'un détenu à l'assistance d'un avocat : le détenu est soumis à des mesures additionnelles; un changement est survenu dans les risques courus par le détenu; il existe des raisons de croire que les renseignements fournis initialement comportent des lacunes. Pour que l'un ou l'autre de ces changements de circonstances donne naissance au droit de consulter de nouveau, il doit être objectivement observable. À titre d'exemple précis de la troisième catégorie de changements de circonstances, le droit de la personne détenue d'avoir recours à l'assistance d'un avocat peut renaître si la police mine les conseils juridiques qu'a reçus cette personne. Les policiers peuvent miner les conseils juridiques en minant la confiance à l'égard de l'avocat qui a fourni ces conseils. La confiance d'un détenu en son avocat est à la base de la relation avocat-client et elle favorise la prestation

opportunity to consult with counsel in order to counteract these effects.

Undermining is not limited to intentional belittling of defence counsel. Police conduct can unintentionally undermine the legal advice provided to a detainee. The focus should remain on the objectively observable effects of the police conduct, rather than on the conduct itself. Where the police conduct has the effect of undermining the legal advice given to a detainee, and where it is objectively observable that this has occurred, the right to a second consultation arises. There is no need to prove that the police conduct was intended to have this effect. The purpose of s. 10(b) will be frustrated by police conduct that causes the detainee to doubt the legal correctness of the advice they have received or the trustworthiness of the lawyer who provided it.

In the present case, two separate acts of the police officer combined to have the effect of undermining the legal advice provided to the accused. First, when the lawyer said that he was coming to the police station to meet with the accused and asked that the investigation be suspended, the police officer responded that this would be no problem or no trouble. In reasonable reliance on these words, the lawyer advised the accused that he was coming to the police station to meet with him and that, in the interim, he would be placed in a cell. The police officer's words therefore had the effect, albeit indirect, of causing the accused to believe that an in-person meeting would take place. In refusing to permit the lawyer to meet with the accused, the police effectively falsified an important premise of the lawyer's advice — i.e., that the accused would be placed in a cell until the lawyer arrived. Second, the police officer misled the accused into believing that his lawyer had failed to come to the station for their in-person consultation. During the interrogation, the accused repeatedly expressed that his lawyer had told him he would be there; he stated his belief that his lawyer had never actually arrived; he openly questioned why his lawyer had given him the advice that he had given; and he implied that his lawyer's failure to show up had left him feeling alone. When these statements are taken in their totality and in light of all the relevant circumstances, it is clear that there were objectively observable indicators that the legal advice given to the accused had been undermined.

efficace des conseils juridiques. Lorsque la police mine la confiance d'un détenu en son avocat, il peut s'ensuire que les conseils juridiques que ce dernier a déjà fournis soient en conséquence dénaturés ou réduits à néant. Les policiers sont obligés d'accorder de nouveau au détenu le droit de consulter un avocat afin de faire contrepois à de tels effets.

Le fait de miner la confiance ne se limite pas au dénigrement intentionnel de l'avocat de la défense. La conduite des policiers peut miner de manière non intentionnelle les conseils juridiques fournis à un détenu. L'analyse devrait demeurer axée sur les effets objectivement observables de la conduite des policiers plutôt que sur la conduite elle-même. Lorsque la conduite de ceux-ci a pour effet de miner les conseils juridiques fournis à un détenu, et lorsqu'il est objectivement observable que cela s'est produit, cela fait naître le droit à une seconde consultation. Il n'est pas nécessaire de prouver que la conduite des policiers visait à produire cet effet. La réalisation de l'objet de l'al. 10b) sera contrecarrée par une conduite policière qui amène le détenu à mettre en doute l'exactitude juridique des conseils qu'il a reçus ou la fiabilité de l'avocat qui les a donnés.

En l'espèce, deux actes distincts du policier ont, ensemble, eu pour effet de miner les conseils juridiques donnés à l'accusé. Premièrement, quand l'avocat a dit qu'il venait au poste de police pour rencontrer l'accusé et a demandé que l'enquête soit suspendue, le policier a répondu qu'il n'y aurait pas de problème, pas de trouble. Se fiant raisonnablement à ces paroles, l'avocat a avisé l'accusé qu'il se rendait poste de police pour le rencontrer et que, dans l'intervalle, il serait placé dans une cellule. Les paroles du policier ont donc eu pour effet, quoiqu'indirectement, d'amener l'accusé à croire qu'une rencontre en personne aurait lieu. En refusant de permettre l'avocat de rencontrer l'accusé, les policiers ont effectivement faussé une prémisse importante des conseils de l'avocat — c'est-à-dire que l'accusé serait placé dans une cellule jusqu'à ce que l'avocat arrive. Deuxièmement, le policier a induit l'accusé en erreur en l'amenant à croire que son avocat n'était pas venu au poste de police en vue de leur consultation en personne. Pendant l'interrogatoire, l'accusé a à maintes reprises mentionné que son avocat lui avait dit qu'il serait là; il a exprimé sa conviction selon laquelle son avocat n'était jamais vraiment arrivé; il s'est ouvertement demandé pourquoi son avocat lui avait formulé les conseils qu'il lui avait donnés; et il a laissé entendre que le défaut de son avocat de se présenter le faisait se sentir seul. Lorsque ces déclarations sont considérées dans leur ensemble et à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, il est clair qu'il existait des indices objectivement observables que les conseils juridiques donnés à l'accusé avaient été minés.

Cases Cited

Applied: *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; **considered:** *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; **referred to:** *Stevens v. R.*, 2016 QCCA 1707; *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429; *R. v. Edmondson*, 2005 SKCA 51, 257 Sask. R. 270; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *R. v. McCallen* (1999), 43 O.R. (3d) 56; *R. v. Daley*, 2015 ONSC 7145; *R. v. McGregor*, 2020 ONSC 4802; *R. v. Taylor*, 2016 BCSC 1956; *R. v. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234; *R. v. Azonwanna*, 2020 ONSC 5416, 468 C.R.R. (2d) 258; *R. v. Rover*, 2018 ONCA 745, 143 O.R. (3d) 135; *R. v. Tremblay*, 2021 QCCA 24.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(a), (b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Bouchard and Healy JJ.A.), 2020 QCCA 746, 388 C.C.C. (3d) 362, 63 C.R. (7th) 319, [2020] AZ-51690253, [2020] Q.J. No. 3677 (QL), 2020 CarswellQue 4948 (WL), setting aside the conviction of the accused for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Justin Tremblay and Isabelle Bouchard, for the appellant.

Célia Hadid and Michel Marchand, for the respondent.

Davin Michael Garg and Natalya Odorico, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Anil K. Kapoor and Victoria Cichalewska, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Mairi Springate, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Jean-Philippe Marcoux and Jean-Sébastien St-Amand Guinois, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; **arrêt examiné :** *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; **arrêts mentionnés :** *R. c. Stevens*, 2016 QCCA 1707, 33 C.R. (7th) 1; *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429; *R. c. Edmondson*, 2005 SKCA 51, 257 Sask. R. 270; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *R. c. McCallen* (1999), 43 O.R. (3d) 56; *R. c. Daley*, 2015 ONSC 7145; *R. c. McGregor*, 2020 ONSC 4802; *R. c. Taylor*, 2016 BCSC 1956; *R. c. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234; *R. c. Azonwanna*, 2020 ONSC 5416, 468 C.R.R. (2d) 258; *R. c. Rover*, 2018 ONCA 745, 143 O.R. (3d) 135; *R. c. Tremblay*, 2021 QCCA 24, 69 C.R. (7th) 28.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(a), b), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich, Bouchard et Healy), 2020 QCCA 746, 388 C.C.C. (3d) 362, 63 C.R. (7th) 319, [2020] AZ-51690253, [2020] J.Q. n° 3677 (QL), 2020 CarswellQue 4949 (WL), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Justin Tremblay et Isabelle Bouchard, pour l'appelante.

Célia Hadid et Michel Marchand, pour l'intimé.

Davin Michael Garg et Natalya Odorico, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Anil K. Kapoor et Victoria Cichalewska, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Mairi Springate, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Jean-Philippe Marcoux et Jean-Sébastien St-Amand Guinois, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] Patrick Dussault was arrested on charges of murder and arson. He was read his rights and taken to the police station, where he spoke with a lawyer for roughly 10 minutes on the telephone. He and the lawyer ended the call in the belief that the police had agreed to allow them to continue their conversation at the station. When the lawyer came to the station, the police did not let him meet with Mr. Dussault. Before Mr. Dussault spoke again with the lawyer, he was questioned and made an incriminating statement.

[2] At issue in this appeal is whether the police provided Mr. Dussault with a reasonable opportunity to consult counsel and, more particularly, whether they were required to provide Mr. Dussault with a further opportunity to consult counsel before interrogating him. The trial judge held that they were not required to do so because, in all the circumstances, they could reasonably presume that Mr. Dussault had exercised his right to counsel during the 10-minute telephone call with his lawyer. The Court of Appeal reached the opposite conclusion, holding that Mr. Dussault's telephone call did not constitute a "complete" consultation for the purposes of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that the police were required to allow Mr. Dussault to continue this consultation at the station.

[3] For reasons that I will explain, in the unique circumstances of this case, I am satisfied that the police were required to provide Mr. Dussault with a further opportunity to consult counsel before questioning him. My reasons for reaching that conclusion, however, differ from those of the Court of Appeal. In my opinion, there were objectively observable indicators that the police conduct in this case had the effect of undermining the legal advice that the lawyer provided to Mr. Dussault during their telephone call. Therefore,

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Patrick Dussault a été arrêté relativement à des accusations de meurtre et d'incendie criminel. Il a été informé de ses droits et emmené au poste de police, où il a parlé au téléphone avec un avocat pendant environ 10 minutes. L'avocat et lui ont mis fin à l'appel, croyant que les policiers avaient accepté de leur permettre de continuer leur conversation au poste de police. Quand l'avocat est arrivé au poste, les policiers ne l'ont pas laissé rencontrer M. Dussault. Avant que M. Dussault ne parle de nouveau à l'avocat, il a été interrogé et il a fait une déclaration incriminante.

[2] La question en litige dans le présent pourvoi consiste à décider si les policiers ont donné à M. Dussault une possibilité raisonnable de consulter un avocat et, plus particulièrement, s'ils avaient l'obligation de lui donner une possibilité additionnelle de consulter un avocat avant de l'interroger. La juge du procès a statué que les policiers n'étaient pas obligés de le faire parce que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, ils pouvaient raisonnablement présumer que M. Dussault avait exercé son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat durant l'appel téléphonique de 10 minutes avec son avocat. La Cour d'appel a tiré la conclusion contraire, jugeant que l'appel téléphonique de M. Dussault ne constituait pas une consultation « complète » pour l'application de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que les policiers avaient l'obligation de permettre à M. Dussault de continuer cette consultation au poste.

[3] Pour les raisons que je vais expliquer, compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, je suis convaincu que les policiers avaient l'obligation de donner à M. Dussault une possibilité additionnelle de consulter un avocat avant de l'interroger. Toutefois, les raisons pour lesquelles j'arrive à cette conclusion diffèrent de celles exposées par la Cour d'appel. À mon avis, il existait des indices objectivement observables montrant que la conduite des policiers dans la présente affaire a eu pour effet de

even if the call was a complete consultation in its own right, the police were nevertheless required to provide Mr. Dussault with a second opportunity to consult counsel. They failed to do so and thereby breached his s. 10(b) rights. I would dismiss the appeal.

II. Facts

[4] The facts as summarized are based on findings made by the trial judge.

[5] On the afternoon of August 28, 2013, Gatineau police made a dynamic entry into the home of Mr. Dussault and arrested him on charges of murder and arson. The police informed Mr. Dussault of his rights, including his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*. Mr. Dussault indicated that he wished to speak to a lawyer.

[6] The police transported Mr. Dussault to the police station. They arrived at 2:36 p.m. Mr. Dussault was presented with a list of local defence lawyers. He chose Jean-François Benoît at random. He was placed in a small room with a telephone and told to wait for a call. When the phone rang, Mr. Dussault answered. Mr. Benoît was on the line.

[7] The two conversed for roughly nine minutes. Mr. Benoît explained the charges and Mr. Dussault's right to remain silent. He was left with the impression that Mr. Dussault was not processing or understanding his advice. He offered to come to the station to meet in person, and Mr. Dussault accepted. Mr. Benoît then asked Mr. Dussault to pass the phone to an officer. Mr. Dussault knocked on the door and handed the receiver to Detective Sergeant Pierre Chicoine.

[8] Mr. Benoît spoke with Officer Chicoine for roughly three minutes. He said that he was coming to the police station and asked that the investigation

miner les conseils juridiques donnés à M. Dussault par l'avocat pendant leur conversation téléphonique. Par conséquent, même si l'appel téléphonique a constitué une consultation complète en soi, les policiers avaient néanmoins l'obligation de donner à M. Dussault une seconde possibilité de consulter un avocat. Ils ne l'ont pas fait et ils ont en conséquence violé les droits que lui garantit l'al. 10b). Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits

[4] Le résumé des faits qui suit est basé sur les constatations de la juge du procès.

[5] Au cours de l'après-midi du 28 août 2013, la police de Gatineau a procédé à une entrée dynamique dans le domicile de M. Dussault et l'a arrêté relativement à des accusations de meurtre et d'incendie criminel. Les policiers ont informé M. Dussault de ses droits, y compris du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat qui lui est garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. Monsieur Dussault a indiqué qu'il souhaitait parler à un avocat.

[6] Les policiers ont emmené M. Dussault au poste de police, où ils sont arrivés à 14 h 36. On a montré à M. Dussault une liste d'avocats de la défense locaux. Il a choisi au hasard M^e Jean-François Benoît. Monsieur Dussault a été emmené dans une petite salle munie d'un téléphone et on lui a dit d'attendre un appel. Quand le téléphone a sonné, M. Dussault a répondu. Maître Benoît était au bout du fil.

[7] Les deux se sont entretenus pendant environ neuf minutes. Maître Benoît a expliqué à M. Dussault les accusations ainsi que le droit de garder le silence. L'avocat a eu l'impression que M. Dussault ne comprenait pas ses conseils. Il a offert de se rendre au poste de police pour rencontrer M. Dussault en personne, et ce dernier a accepté. Maître Benoît a alors demandé à M. Dussault de passer le téléphone à un policier. Monsieur Dussault a cogné à la porte et a remis le combiné au sergent-détective Pierre Chicoine.

[8] Maître Benoît a parlé avec le policier Chicoine pendant environ trois minutes. Il lui a dit qu'il se rendait au poste de police et il a demandé que l'enquête

be suspended. Officer Chicoine responded [TRANSLATION] “[n]o problem” or “no trouble”: A.R., vol. V, at p. 141, and vol. VIII, at p. 18. Mr. Benoît asked Officer Chicoine to return the phone to Mr. Dussault.

[9] Mr. Benoît spoke again with Mr. Dussault for roughly one minute. He confirmed that he was coming to the police station to meet with Mr. Dussault and he explained that, in the interim, Mr. Dussault would be placed in a cell. He told Mr. Dussault not to speak to anyone. Mr. Dussault was reassured by this conversation. He believed that Mr. Benoît was coming to meet him.

[10] At 3:20 p.m., Officer Chicoine, accompanied by Detective Sergeant Ian Gosselin, spoke to the lead investigators on the file, reporting that the arrest went well and that Mr. Dussault had exercised his right to counsel. During the conversation, it was decided that Mr. Benoît would not be permitted to meet with Mr. Dussault. Officer Chicoine was told to inform Mr. Benoît of this decision.

[11] In line with these instructions, Officer Chicoine phoned Mr. Benoît and told him that there was no point in coming to the police station. He said that Mr. Dussault had exercised his right to counsel during the telephone conversation. He also emphasized that Mr. Dussault himself had not expressed a desire to meet his lawyer. According to Officer Chicoine, Mr. Benoît responded in a loud voice, seemingly attempting to influence or intimidate him.

[12] After this call, Officer Chicoine began to doubt himself. He reported to a lead investigator, who decided that a prosecutor from the office of the Director of Criminal and Penal Prosecutions should be contacted for advice. The prosecutor researched relevant case law, including this Court’s decision in *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310. She concluded, based on the information provided to her, that Mr. Dussault was not entitled to meet with Mr. Benoît at the police station, and she advised the police accordingly.

soit suspendue. Le policier Chicoine a répondu « [p]as de problème » ou « pas de trouble » : d.a., vol. V, p. 141, et vol. VIII, p. 18. Maître Benoît a demandé au policier Chicoine de redonner le combiné à M. Dussault.

[9] Maître Benoît a de nouveau parlé avec M. Dussault, cette fois-là pendant environ une minute. Il a confirmé à M. Dussault qu’il allait se rendre au poste de police pour le rencontrer, et il lui a expliqué que, dans l’intervalle, on le placerait dans une cellule. Il a dit à M. Dussault de ne parler à personne. Ce dernier a été rassuré par cette conversation. Il croyait que M^e Benoît venait le rencontrer.

[10] À 15 h 20, le policier Chicoine, accompagné du sergent-détective Ian Gosselin, a parlé aux enquêteurs principaux au dossier, leur rapportant que l’arrestation s’était bien déroulée et que M. Dussault avait exercé son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. Durant la conversation, il a été décidé que M^e Benoît ne serait pas autorisé à rencontrer M. Dussault. Le policier Chicoine a été chargé d’informer M^e Benoît de cette décision.

[11] Conformément à ces instructions, le policier Chicoine a téléphoné à M^e Benoît et a dit à ce dernier qu’il était inutile qu’il vienne au poste de police. Le policier Chicoine lui a dit que M. Dussault avait exercé son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat durant leur conversation téléphonique. Il a aussi insisté sur le fait que M. Dussault lui-même n’avait pas manifesté le désir de rencontrer son avocat. Selon le policier Chicoine, M^e Benoît a répondu d’une voix forte, semblant vouloir l’influencer ou l’intimider.

[12] À la suite de cet appel, le policier Chicoine a lui-même commencé à avoir des doutes. Il a consulté l’enquêteur principal, qui a décidé qu’il y avait lieu de communiquer avec une procureure du bureau du Directeur des poursuites criminelles et pénales pour demander conseil à cet égard. La procureure a consulté la jurisprudence pertinente, notamment l’arrêt *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, de notre Cour. Elle a conclu, sur la foi des renseignements qu’on lui avait fournis, que M. Dussault n’avait pas le droit de rencontrer M^e Benoît au poste de police, et elle a avisé les policiers en conséquence.

[13] Mr. Benoît arrived at the police station at approximately 4:15 p.m. He was not permitted to meet with Mr. Dussault. At 6:30 p.m., he left to tend to family matters, leaving behind a handwritten note addressed to Officer Chicoine. In the note, Mr. Benoît indicated that, during his phone call with Mr. Dussault, he had only partially instructed Mr. Dussault on his rights, and that he wished to meet with Mr. Dussault to complete the advice before Mr. Dussault was interrogated. He stated that he would be available after 7:45 p.m. and asked Officer Chicoine to contact him as soon as possible. The note was delivered to Officer Chicoine.

[14] At 5:18 p.m. and again at 8:50 p.m., Officers Chicoine and Gosselin approached the cellblock supervisor to ask whether Mr. Dussault had spoken about his lawyer. The answer on both occasions was no.

[15] After their second check-in with the cellblock supervisor, the officers went to Mr. Dussault's cell. At 8:52 p.m., Officer Chicoine told Mr. Dussault that Detective Sergeant Frédérick Simard was ready to meet with him. Mr. Dussault asked whether his [TRANSLATION] "lawyer arrived": A.R., vol. V, at p. 183. Officer Chicoine responded with his own question: Was it Mr. Dussault who had asked the lawyer to come? Mr. Dussault answered that it was the lawyer who said that he would come, and that the lawyer wanted to be there during the meeting. Officer Chicoine told Mr. Dussault that the lawyer was not at the police station.

[16] Officer Simard commenced the interrogation shortly before 9:00 p.m. Mr. Dussault could not understand why he had not yet spoken to his lawyer. It is worth reproducing in full a number of the questions and responses between Officer Simard and Mr. Dussault on this subject:

[TRANSLATION]

Q. . . . [O]nce you were arrested, at 12 Trottier, is it true that [Detective Sergeant Chicoine is] the same man who brought you here, who read you your rights?

[13] Maître Benoît est arrivé au poste de police vers 16 h 15. On ne lui a pas permis de rencontrer M. Dussault. À 18 h 30, il est parti afin de s'occuper d'affaires familiales, laissant une note manuscrite à l'intention du policier Chicoine. Dans la note, M^e Benoît indiquait que, durant sa conversation téléphonique avec M. Dussault, il avait seulement informé partiellement ce dernier de ses droits, et qu'il souhaitait rencontrer M. Dussault pour compléter ses conseils avant que ce dernier ne soit interrogé. Il affirmait qu'il serait libre après 19 h 45 et demandait au policier Chicoine de communiquer avec lui le plus tôt possible. La note a été remise au policier Chicoine.

[14] À 17 h 18, puis à 20 h 50, les policiers Chicoine et Gosselin se sont rendus au bloc cellulaire pour demander à l'agent responsable de celui-ci si M. Dussault avait parlé de son avocat. Les deux fois, la réponse a été négative.

[15] Après leur seconde vérification auprès de l'agent responsable du bloc cellulaire, les policiers sont allés à la cellule de M. Dussault. À 20 h 52, le policier Chicoine a dit à M. Dussault que le sergent-déetective Frédérick Simard était prêt à le rencontrer. Monsieur Dussault lui a demandé si son « avocat [était] arrivé » : d.a., vol. V, p. 183. Le policier Chicoine a répondu en posant lui-même une question, demandant à M. Dussault si c'était lui qui avait demandé à l'avocat de venir. Monsieur Dussault a répondu que c'était l'avocat qui lui avait dit qu'il viendrait, et que l'avocat voulait être là durant la rencontre. Le policier Chicoine a dit à M. Dussault que l'avocat n'était pas au poste de police.

[16] Le policier Simard a commencé l'interrogatoire un peu avant 21 h. Monsieur Dussault ne comprenait pas pourquoi il n'avait pas encore parlé à son avocat. Il convient de reproduire en entier un certain nombre des questions et réponses de l'échange entre le policier Simard et M. Dussault sur ce sujet :

Q. . . . [U]n coup que tu as été arrêté, au 12, Trottier, est-ce que c'est exact que [le sergent-déetective Chicoine] est le même monsieur qui t'a emmené ici, qui t'a fait une lecture de droits?

A. Yes.

R. Oui.

Q. He had that form, in fact it's a copy of his form.

Q. Il avait ce formulaire-là, c'est une copie de son formulaire, d'ailleurs.

A. That, my lawyer told me he was supposed to be here because he wanted to attend this interview, and he isn't here, and they told me . . . he told me to wait till he was here, and he still hasn't arrived.

R. Ça, mon avocat m'a dit qu'il était supposé d'être icitte parce qu'il voulait assister à cette entrevue-là puis il n'est pas là, puis ils m'ont dit . . . il m'a dit d'attendre qu'il soit là puis il est toujours pas arrivé.

Q. OK. We're going to clarify that actually, that step, whether you got your rights with Mr. Chicoine. . . .

Q. O.K. On va clarifier ça, justement, cette étape-là, savoir si toi, tu as eu tes droits avec monsieur Chicoine. . . .

...

...

Q. OK. Well, I'll tell you. We're a team here, it's like a big family. So how did things go with those two people, those two police officers?

Q. O.K. Bien, je te le dis. On est une équipe nous autres, c'est comme une grande famille. Donc, comment ça s'est passé avec ces deux personnes-là, avec ces deux policiers-là?

A. It was fine.

R. C'était correct.

Q. Yes?

Q. Oui?

A. But that, my lawyer, he told me to . . . why did he tell me to remain . . . He just told me to give my name, my things, and he told me to remain silent until he was here. Why did he tell me that?

R. Mais ça, mon avocat, il m'a dit de . . . pourquoi qu'il me dit de garder ça . . . Il m'a juste dit de donner mon nom, mes affaires puis il m'a dit que tant qu'il est pas là, de garder le silence. Pourquoi qu'il m'a dit ça?

Q. Why did he tell you that? He gave you advice, and it's privileged for you.

Q. Pourquoi qu'il t'a dit ça? Lui, il t'a donné des conseils puis c'est privilégié à toi.

A. No, I know.

R. Non, je le sais.

Q. I can't get involved in that conversation.

Q. Moi, je peux pas embarquer dans cette conversation-là.

A. Yeah.

R. C'est ça.

Q. It's because it's your privilege to consult a lawyer.

Q. C'est parce que c'est ton privilège à toi de consulter un avocat.

A. Because he told me he'd be here. Now I feel like I'm a bit on my own. He told me he'd be here to come . . .

R. Parce qu'il m'a dit qu'il serait *icitte*. Là, je me sens comme un peu tout seul là. Il m'a dit qu'il serait *icitte* pour venir . . .

...

...

Q. But what I want to clarify is: did you have a chance to speak to a lawyer?

Q. Mais moi, ce que je veux clarifier c'est : est-ce que tu as eu la chance de parler à un avocat?

A. Yes.

R. Oui.

Q. Who was your lawyer?

Q. C'était qui ton avocat?

A. It's . . . *fuck*, I don't have the name, but he's . . .

R. C'est . . . *ostie*, j'ai pas le nom, mais il est . . .

Q. If I tell you Mr. Benoît?

Q. Si je te dis maître Benoît?

A. Yes.

R. Oui.

Q. That's right?

Q. C'est exact?

A. Yes.

R. Oui.

Q. Were you able to speak to him in confidence, alone?

Q. Est-ce que tu as pu lui parler d'une façon confidentielle, tout seul?

A. Yes, and he told me to remain silent until he met with me.

R. Oui, puis il m'a dit de rester au silence tant qu'il m'a pas rencontré.

...

...

Q. . . . So the right to counsel, I'm happy, you were able to exercise your right, that's perfect. You got advice and that's the number one thing. I will set that aside. [Underlining added.]

Q. . . . Puis le droit à l'avocat, je suis content, tu as pu exercer ton droit puis c'est parfait, ça. Tu as eu des conseils puis c'est numéro 1. Je vais mettre ça de côté. [Je souligne.]

(A.R., vol. X, at pp. 10-11 and 14-17)

(d.a., vol. X, p. 10-11 et 14-17)

[17] After these exchanges, the interrogation proceeded, and Mr. Dussault made an incriminating statement.

[17] Après ces échanges, l'interrogatoire a eu lieu et M. Dussault a fait une déclaration incriminante.

III. Decisions Below

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Voir Dire, Superior Court of Quebec (Di Salvo J.)*

A. *Voir-dire, Cour supérieure du Québec (la juge Di Salvo)*

[18] Mr. Dussault moved to exclude the statement on the basis that it was obtained in violation of ss. 7, 10(a), and 10(b) of the *Charter*. Only the last of these alleged violations is at issue in the present appeal.

[18] Monsieur Dussault a sollicité l'exclusion de la déclaration, au motif qu'elle avait été obtenue en violation de l'art. 7 ainsi que des al. 10a) et 10b) de la *Charte*. Seule la dernière des violations reprochées est en litige dans le présent pourvoi.

[19] Defence counsel argued that *Sinclair*, and in particular para. 52 of this case, was the principal governing authority:

[19] L'avocat de la défense a plaidé que l'arrêt *Sinclair*, et en particulier le par. 52 de cette décision, était la source principale régissant la question :

[TRANSLATION] So we'll get to the heart of the matter. And here I quote paragraph fifty-two (52), copying my friend. Paragraph fifty-two (52):

Alors, on va rentrer dans le vif du sujet. Et là, je cite, paragraphe cinquante-deux (52), en plagiat de mon confrère. Paragraphe cinquante-deux (52) :

“More broadly, this may be taken to suggest that circumstances indicating that the detainee may not have understood the initial section ten (b) (10(b)) advice of his right to counsel impose on the police a duty to give him a further opportunity to talk to a lawyer.”

(A.R., vol. IX, at p. 67)

[20] Counsel argued that there had been objectively observable circumstances indicating that Mr. Dussault had not understood Mr. Benoît’s initial legal advice. Two such circumstances stood out. The first was Mr. Benoît’s handwritten note, and the second was Mr. Dussault’s statement to the effect that his lawyer had said he was coming to meet with him. In counsel’s view, these circumstances obliged the police to provide Mr. Dussault with a second opportunity to consult with Mr. Benoît.

[21] The trial judge rejected this argument and held that the incriminating statement was admissible. She made three significant findings in support of this conclusion:

- first, that Mr. Benoît adequately explained the right to silence;
- second, that Mr. Dussault understood Mr. Benoît’s explanation of the right to silence;
- third, that Mr. Dussault did not mention to police that he did not understand the right to silence or his rights more generally.

Based on these conclusions, and in consideration of all the evidence, the trial judge found that Mr. Dussault had exercised his right to counsel, and that the police [TRANSLATION] “could reasonably assume” that he had done so in a satisfactory manner: *voir dire* decision, reproduced in A.R., vol. I, at p. 19. They were not obligated to provide a second opportunity.

« En termes généraux, cela peut vouloir dire que si les circonstances indiquent que le détenu n’a peut-être pas compris les conseils reçus initialement en vertu de l’article dix b) (10b), au sujet de son droit à l’assistance d’un avocat, la police a l’obligation de lui accorder de nouveau la possibilité de parler à un avocat. »

(d.a., vol. IX, p. 67)

[20] L’avocat a plaidé qu’il existait des circonstances objectivement observables indiquant que M. Dussault n’avait pas compris les conseils juridiques initiaux de M^e Benoît. Deux circonstances de cette nature ressortaient particulièrement. La première était la note manuscrite de M^e Benoît, et la seconde était la déclaration de M. Dussault selon laquelle son avocat avait dit qu’il venait le rencontrer. De l’avis de l’avocat, ces circonstances obligeaient les policiers à donner à M. Dussault une seconde possibilité de consulter M^e Benoît.

[21] La juge du procès a rejeté cet argument et conclu que la déclaration incriminante était admissible. Elle a fait trois constatations importantes à l’appui de cette conclusion :

- premièrement, M^e Benoît a bien expliqué le droit de garder le silence;
- deuxièmement, M. Dussault a compris l’explication de M^e Benoît relativement au droit de garder le silence;
- troisièmement, M. Dussault n’a pas dit aux policiers qu’il ne comprenait pas le droit de garder le silence ou ses droits de façon plus générale.

Sur la base de ces constatations, et à la lumière de l’ensemble de la preuve, la juge du procès a statué que M. Dussault avait exercé son droit à l’assistance d’un avocat, et que les policiers « pouvaient raisonnablement présumer » qu’il l’avait exercé de manière satisfaisante : *décision sur le voir-dire*, reproduite au d.a., vol. I, p. 19. Ils n’étaient pas obligés de lui donner une seconde possibilité de le faire.

B. *Court of Appeal of Quebec, 2020 QCCA 746, 388 C.C.C. (3d) 362 (Bich, Bouchard and Healy J.J.A.)*

[22] Mr. Dussault pled guilty to the charge of arson and was convicted by a jury on the charge of second degree murder. He appealed from the murder conviction on the basis that the trial judge erred in dismissing his motion to exclude the incriminating statement. The Court of Appeal unanimously allowed the appeal, quashed the verdict, and ordered a new trial.

[23] The central issue, as framed by the Court of Appeal, was whether Mr. Dussault's telephone call with Mr. Benoît constituted a complete consultation for the purposes of s. 10(b). If the answer was yes, the *Sinclair* framework would govern the appeal; Mr. Dussault could succeed only by showing that an objectively observable change in circumstances had "reviv[ed]" his right to counsel: para. 38. If, however, the telephone conversation was *not* a complete consultation, the Court of Appeal's decision in *Stevens v. R.*, 2016 QCCA 1707, would govern the outcome. The Court of Appeal in this case interpreted *Stevens* as standing for the proposition that s. 10(b) guarantees the right to, and requires police to facilitate, the "effective" assistance of counsel: para. 36.

[24] The court concluded that the telephone conversation was not a complete consultation and that the police "were fully aware that [Mr. Dussault] and his counsel expected the consultation to continue": para. 35. The police denied the effective assistance of counsel, and thereby breached Mr. Dussault's s. 10(b) right, when they "determined not to permit a continuation of the consultation that began on the telephone": para. 36. The court excluded Mr. Dussault's incriminating statement under s. 24(2) of the *Charter* and ordered a new trial.

B. *Cour d'appel du Québec, 2020 QCCA 746 (les juges Bich, Bouchard et Healy)*

[22] Monsieur Dussault a plaidé coupable à l'accusation d'incendie criminel et a été déclaré coupable par un jury de l'accusation de meurtre au deuxième degré. Il a interjeté appel de la déclaration de culpabilité de meurtre, au motif que la juge du procès avait commis une erreur en rejetant sa requête sollicitant l'exclusion de la déclaration incriminante. La Cour d'appel a, à l'unanimité, accueilli l'appel, annulé le verdict et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[23] La question centrale, telle que l'avait formulée la Cour d'appel, consistait à décider si l'appel téléphonique entre M. Dussault et M^e Benoît avait constitué une consultation complète pour l'application de l'al. 10b). Si la réponse à cette question était positive, le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Sinclair* régirait alors l'appel; M. Dussault pourrait avoir gain de cause uniquement en démontrant qu'un changement objectivement observable de circonstances avait fait « renaître » son droit de recourir à l'assistance d'un avocat : par. 38 (CanLII). Toutefois, si la conversation téléphonique n'avait *pas* constitué une consultation complète, ce serait l'arrêt *R. c. Stevens*, 2016 QCCA 1707, 33 C.R. (7th) 1, de la Cour d'appel qui déciderait du sort de l'appel. Dans la présente affaire, la Cour d'appel a considéré que l'arrêt *Stevens* permettait d'affirmer que l'al. 10b) garantit le droit à l'assistance « effective » d'un avocat et requiert des policiers qu'ils facilitent cette assistance « effective » : par. 36.

[24] La Cour d'appel a conclu que la conversation téléphonique n'avait pas constitué une consultation complète, et que les policiers « étaient pleinement conscients que [M. Dussault] et son avocat s'attendaient à ce que la consultation continue » : par. 35. Les policiers ont nié à M. Dussault l'assistance effective d'un avocat et ont par conséquent violé le droit que lui garantit l'al. 10b), lorsqu'ils ont « décidé de ne pas permettre la continuation de la consultation commencée par téléphone » : par. 36. La Cour d'appel a écarté la déclaration incriminante de M. Dussault en application du par. 24(2) de la *Charte*, et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[25] The reasons of the Court of Appeal depart markedly from those of the trial judge in terms of their characterization of the conduct of the police. Whereas the trial judge concluded that the police could reasonably presume that Mr. Dussault had exercised his right to counsel, the Court of Appeal found that the police had deliberately and concertedly attempted to frustrate the effective exercise of that right: see, e.g., para. 40. This difference in view of the police conduct appears to result from their different legal conclusions about whether the police were entitled to presume that the right to counsel was exhausted at the end of the phone conversation.

IV. Analysis

[26] The only issue in this appeal is whether the factual findings of the trial judge support the legal conclusion that the police provided Mr. Dussault with a reasonable opportunity to consult counsel. This calls for an assessment of whether a legal standard was met and therefore amounts to a question of law that is reviewed for correctness: *R. v. Shepherd*, 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527, at para. 20.

[27] In my opinion, the police failed to provide Mr. Dussault with a reasonable opportunity to consult counsel. I would therefore dismiss the appeal. My reasons for reaching this conclusion, however, differ from those of the Court of Appeal.

[28] For reasons which will become apparent, I find it unnecessary to decide whether the police were entitled to presume that the phone conversation constituted a “complete” consultation. Nor is it necessary to resolve the discrepancy between the characterization of the police conduct in the reasons of the trial judge and those of the Court of Appeal. Suffice it to say that I have serious reservations about the Court of Appeal’s characterization of the police conduct to the extent that it could be understood as suggesting

[25] Les motifs de la Cour d’appel divergent de façon marquée de ceux de la juge du procès en ce qui a trait à la caractérisation de la conduite des policiers. Alors que la juge du procès a conclu que les policiers pouvaient raisonnablement présumer que M. Dussault avait exercé son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat, la Cour d’appel a jugé que les policiers avaient, de façon délibérée et concertée, tenté d’entraver l’exercice effectif de ce droit : voir, p. ex., par. 40. Cette divergence d’opinions quant à la conduite des policiers semble résulter des conclusions de droit différentes tirées par les deux juridictions relativement à la question de savoir si les policiers étaient en droit de présumer qu’il y avait eu extinction du droit à l’assistance d’un avocat à la fin de la conversation téléphonique.

IV. Analyse

[26] La seule question en litige dans le présent pourvoi consiste à décider si les constatations factuelles de la juge du procès appuient la conclusion de droit portant que les policiers ont donné à M. Dussault une possibilité raisonnable de consulter un avocat. Cette question requiert que l’on détermine s’il a été satisfait à une norme juridique et, en conséquence, elle constitue une question de droit susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte : *R. c. Shepherd*, 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527, par. 20.

[27] À mon avis, les policiers n’ont pas donné à M. Dussault une possibilité raisonnable de consulter un avocat. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Les motifs pour lesquels j’arrive à cette conclusion diffèrent toutefois de ceux de la Cour d’appel.

[28] Pour des raisons qui deviendront évidentes, j’estime qu’il n’est pas nécessaire de décider si les policiers étaient en droit de présumer que la conversation téléphonique avait constitué une consultation « complète ». Il n’est pas non plus nécessaire de résoudre la divergence d’opinions que laissent voir les motifs de la juge du procès et ceux de la Cour d’appel en ce qui a trait à la caractérisation de la conduite des policiers. Qu’il suffise de dire que j’ai de sérieuses réserves à l’égard de la caractérisation adoptée par la

that the police knowingly violated Mr. Dussault’s right to counsel.

[29] As I see it, the principles set out in *Sinclair* suffice to resolve this appeal. *Sinclair* states that the police must provide a detainee with a second opportunity to consult counsel where there are “objectively observable” indicators that their conduct has undermined the legal advice that was provided during the first consultation: para. 55. On the facts of the present appeal, there were objectively observable indicators that the conduct of the police had had the effect of undermining the legal advice that Mr. Benoît provided to Mr. Dussault during their telephone call. Therefore, even if the call was a complete consultation, this was one of those rare cases in which the police were obligated to provide a detainee with a second opportunity to consult counsel. In failing to provide that opportunity to Mr. Dussault, they breached his s. 10(b) rights.

A. *The Legal Principles*

(1) *Sinclair* and the Right to a Second Consultation

[30] Section 10(b) of the *Charter* provides that everyone has the right on arrest or detention “to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”. Stated at its broadest, the purpose of the right to counsel “is to provide a detainee with an opportunity to obtain legal advice relevant to his legal situation”: *Sinclair*, at para. 24.

[31] Section 10(b) places corresponding obligations on the state. Police must inform detainees of the right to counsel (the informational duty) and must provide detainees who invoke this right with a reasonable opportunity to exercise it (the implementational duty). Failure to comply with either duty results in a breach of s. 10(b): *Sinclair*, at para. 27, citing *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233.

Cour d’appel quant à la conduite des policiers, dans la mesure où cette caractérisation pourrait être comprise comme suggérant que les policiers ont sciemment violé le droit de M. Dussault à l’assistance d’un avocat.

[29] Selon moi, les principes énoncés dans l’arrêt *Sinclair* sont suffisants pour trancher le présent pourvoi. Dans cet arrêt, il a été jugé que les policiers doivent donner à un détenu une seconde possibilité de consulter un avocat lorsqu’il existe des indices « objectivement observable[s] » que leur conduite a miné les conseils juridiques qui ont été fournis pendant la première consultation : par. 55. Eu égard aux faits du présent pourvoi, il y avait des indices objectivement observables que la conduite des policiers avait eu pour effet de miner les conseils juridiques fournis à M. Dussault par M^e Benoît durant leur appel téléphonique. Par conséquent, même si l’appel téléphonique a constitué une consultation complète, nous sommes en présence de l’un de ces rares cas où les policiers avaient l’obligation de fournir au détenu une seconde possibilité de consulter un avocat. En n’accordant pas cette possibilité à M. Dussault, ils ont violé les droits que lui garantit l’al. 10b).

A. *Les principes juridiques*

(1) L’arrêt *Sinclair* et le droit à une seconde consultation

[30] L’alinéa 10b) de la *Charte* précise que chacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention, « d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit ». Exprimé de la manière la plus large possible, l’objet du droit à l’assistance d’un avocat consiste à « fournir au détenu l’occasion d’obtenir des conseils juridiques propres à sa situation juridique » : *Sinclair*, par. 24.

[31] L’alinéa 10b) impose des obligations correspondantes à l’État. Les policiers doivent informer les détenus de leur droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat (l’obligation d’information), et ils doivent fournir aux détenus qui invoquent ce droit une possibilité raisonnable de l’exercer (l’obligation de mise en application). L’inobservation de l’une ou l’autre de ces obligations entraîne une violation de l’al. 10b) : *Sinclair*, par. 27, citant *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233.

[32] Police can typically discharge their implementational duty by facilitating “a single consultation at the time of detention or shortly thereafter”: *Sinclair*, at para. 47. In this context, the consultation is meant to ensure that “the detainee’s decision to cooperate with the investigation or decline to do so is free and informed”: para. 26. A few minutes on the phone with a lawyer may suffice, even for very serious charges: see, e.g., *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429.

[33] On this point, it is worth reiterating what the *Sinclair* majority made clear: Detainees do not have a right to obtain, and police do not have a duty to facilitate, the continuous assistance of counsel. Although other jurisdictions recognize a right to have counsel present throughout a police interview, that is not the law in Canada. Canadian courts and legislatures have taken a different approach to reconciling the personal rights of detainees with the public interest in effective law enforcement: *Sinclair*, at paras. 37-39.

[34] Once a detainee has consulted with counsel, the police are entitled to begin eliciting evidence and are only exceptionally obligated to provide a further opportunity to receive legal advice. In *Sinclair*, McLachlin C.J. and Charron J., writing for the majority, explained that the law has thus far recognized three categories of “changed circumstances” that can renew a detainee’s right to consult counsel: “. . . new procedures involving the detainee; a change in the jeopardy facing the detainee; or reason to believe that the first information provided was deficient” (para. 2). Of course, for any of these “changed circumstances” to give rise to a right to reconsult, they must be “objectively observable”.

[35] As a specific example of the third category listed above, the majority explained, at para. 52, that the right to counsel may be renewed if police “undermine” the legal advice that the detainee has received:

[32] Les policiers peuvent normalement s’acquitter de leur obligation de mise en application en facilitant « une seule consultation, au moment de la mise en détention ou peu après celle-ci » : *Sinclair*, par. 47. Dans ce contexte, la consultation vise à faire en sorte que « la décision du détenu de coopérer ou non à l’enquête soit à la fois libre et éclairée » : par. 26. Quelques minutes au téléphone avec un avocat peuvent suffire, même si les accusations sont très graves : voir, p. ex., *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429.

[33] Sur ce point, il convient de réitérer ce que les juges majoritaires ont clairement énoncé dans *Sinclair* : les détenus n’ont pas le droit d’obtenir l’assistance continue d’un avocat, et les policiers n’ont pas l’obligation de faciliter une telle assistance. Bien que d’autres pays reconnaissent le droit à la présence d’un avocat pendant toute la durée d’un interrogatoire policier, ce n’est pas le cas au Canada. Les tribunaux et les législateurs canadiens ont adopté une approche différente afin de concilier les droits individuels des détenus et l’intérêt du public à ce que les lois soient appliquées de manière efficace : *Sinclair*, par. 37-39.

[34] Une fois qu’un détenu a consulté un avocat, les policiers ont le droit de commencer à recueillir des éléments de preuve, et c’est uniquement de façon exceptionnelle qu’il sont obligés de lui offrir une possibilité additionnelle de recevoir des conseils juridiques. Dans l’arrêt *Sinclair*, la juge en chef McLachlin et la juge Charron, qui ont rédigé les motifs de la majorité, ont expliqué que le droit a jusqu’ici reconnu trois catégories de « changement[s] de circonstances » pouvant faire renaître le droit d’un détenu à l’assistance d’un avocat : « . . . le détenu est soumis à des mesures additionnelles; un changement est survenu dans les risques courus par le détenu; il existe des raisons de croire que les renseignements fournis initialement comportent des lacunes » (par. 2). Bien entendu, pour que l’un ou l’autre de ces « changement[s] de circonstances » donne naissance au droit de consulter de nouveau, il doit être « objectivement observable ».

[35] À titre d’exemple précis de la troisième catégorie énumérée ci-dessus, les juges majoritaires ont expliqué, au par. 52, que le droit de la personne détenue d’avoir recours à l’assistance d’un avocat peut renaître si la police « mine » les conseils juridiques qu’elle a reçus :

Similarly, if the police undermine the legal advice that the detainee has received, this may have the effect of distorting or nullifying it. This undercuts the purpose of s. 10(b). In order to counteract this effect, it has been found necessary to give the detainee a further right to consult counsel. See *Burlingham*.

(2) Undermining Legal Advice Includes Undermining Confidence in Counsel

[36] The majority in *Sinclair* did not expand on the type of police conduct that could “undermine the legal advice that the detainee has received” and thereby give rise to a renewed right to consult counsel. In this context, care must be taken in defining the term “undermine”. It is clear, for instance, that if this term is defined too broadly, it would prevent police from attempting in any way to convince a detainee to act contrary to their lawyer’s advice: see, e.g., *R. v. Edmondson*, 2005 SKCA 51, 257 Sask. R. 270, at para. 37. If this were so, police would effectively be required to cease questioning any detainee who said “my lawyer told me not to talk”. That is not the law in Canada: *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405.

[37] The reference to *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at the end of para. 52 in *Sinclair* sheds light on the type of police conduct that can “undermine” legal advice in the *Sinclair* sense of that term. It suggests that, in this context, police can undermine legal advice by undermining confidence in the lawyer who provided that advice. In *Burlingham*, the accused was charged with one murder and suspected in a second. He was subjected to an intensive interrogation during which police repeatedly disparaged “defence counsel’s loyalty, commitment, availability, as well as the amount of his legal fees”: para. 4. A majority of the Court found that these “belittling” comments breached s. 10(b) because they were made with the purpose, or had the effect, of undermining the accused’s confidence in counsel:

De même, si la police mine les conseils juridiques reçus par le détenu, cela peut avoir pour effet de les dénaturer ou de les réduire à néant, ce qui entrave la réalisation de l’objet de l’al. 10b). Pour faire contrepoids à cet effet, on a estimé nécessaire d’accorder de nouveau au détenu le droit de consulter un avocat. Voir *Burlingham*.

(2) Miner les conseils juridiques inclut le fait de miner la confiance en l’avocat

[36] Dans *Sinclair*, les juges majoritaires n’ont pas précisé davantage le type de conduite policière qui pourrait « mine[r] les conseils juridiques reçus par le détenu » et ainsi faire renaître le droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. Dans ce contexte, il faut faire montre de prudence dans la définition du mot « miner ». Il est clair, par exemple, que si ce mot était défini trop largement, cela empêcherait les policiers de tenter de quelque façon que ce soit de convaincre un détenu d’aller à l’encontre des conseils de son avocat : voir, p. ex., *R. c. Edmondson*, 2005 SKCA 51, 257 Sask. R. 270, par. 37. Si c’était le cas, les policiers devraient concrètement arrêter d’interroger tout détenu qui dirait « mon avocat m’a dit de ne pas parler ». Ce n’est pas l’état du droit au Canada : *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405.

[37] Le renvoi à l’arrêt *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, à la fin du par. 52 de *Sinclair*, éclaire sur le type de conduite policière susceptible de « miner » les conseils juridiques au sens donné à ce mot dans l’arrêt *Sinclair*. Dans ce contexte, cela tend à indiquer que les policiers peuvent miner les conseils juridiques en minant la confiance à l’égard de l’avocat qui a fourni ces conseils. Dans *Burlingham*, l’accusé était inculpé d’un meurtre et soupçonné d’en avoir commis un autre. Il a été soumis à un interrogatoire serré pendant lequel les policiers ont, à plusieurs reprises, formulé des commentaires désobligeants sur « la loyauté de l’avocat de la défense, son dévouement, sa disponibilité et le montant de ses honoraires » : par. 4. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que ces commentaires « dénigrants » avaient violé l’al. 10b), parce qu’ils avaient été faits dans le but de miner la confiance de l’accusé en son avocat ou avaient eu cet effet :

. . . s. 10(b) specifically prohibits the police, as they did in this case, from belittling an accused’s lawyer with the express goal or effect of undermining the accused’s confidence in and relationship with defence counsel. It makes no sense for s. 10(b) of the *Charter* to provide for the right to retain and instruct counsel if law enforcement authorities are able to undermine either an accused’s confidence in his or her lawyer or the solicitor-client relationship. [para. 14]

[38] It is notable that *Burlingham* speaks of undermining confidence in counsel, whereas *Sinclair* speaks specifically of undermining legal advice. The implied premise of the *Sinclair* citation to *Burlingham* appears to be that undermining confidence in counsel and undermining legal advice, in this context, produce the same effect. I agree, they can.

[39] A detainee’s confidence in counsel anchors the solicitor-client relationship and allows for the effective provision of legal advice: *R. v. McCallen* (1999), 43 O.R. (3d) 56 (C.A.). When the police undermine a detainee’s confidence in counsel, the legal advice that counsel has already provided — even if it was perfectly correct at the time it was given — may become, as observed in *Sinclair*, “distort[ed] or nullif[ied]”. *Sinclair* requires police to provide a new opportunity to consult with counsel in order to counteract these effects.

(3) “Undermining” Is Not Limited to Intentional Belittling of Defence Counsel

[40] The most notable cases in this area of the law are those, such as *Burlingham*, in which the police expressly call into question the competence or trustworthiness of defence counsel. *Burlingham* and certain cases following it have characterized this type of conduct as the “belittling” of defence counsel. In cases of this sort, it is difficult to view the police conduct as amounting to anything less than an intentional effort to undermine the legal advice provided to a detainee.

. . . l’al. 10b) interdit expressément aux policiers de dénigrer l’avocat d’un accusé, comme ils l’ont fait en l’espèce, dans le but ou avec comme résultat exprès de miner la confiance de l’accusé en son avocat et sa relation avec lui. Il ne sert à rien que l’al. 10b) de la *Charte* garantisse le droit à l’assistance d’un avocat si les autorités chargées d’appliquer la loi sont en mesure de miner la confiance de l’accusé en son avocat ou la relation entre un avocat et son client. [par. 14]

[38] Il convient de souligner que *Burlingham* parle de miner la confiance en l’avocat, tandis que *Sinclair* parle expressément de miner les conseils juridiques. Le postulat implicite du renvoi à *Burlingham* dans *Sinclair* semble être que le fait de miner la confiance en l’avocat et celui de miner les conseils juridiques, dans ce contexte, produisent le même effet. Je suis d’accord, ils peuvent avoir le même effet.

[39] La confiance d’un détenu en son avocat est à la base de la relation avocat-client et elle favorise la prestation efficace des conseils juridiques : *R. c. McCallen* (1999), 43 O.R. (3d) 56 (C.A.). Lorsque la police mine la confiance d’un détenu en son avocat, il peut s’ensuivre, comme il a été mentionné dans *Sinclair*, que les conseils juridiques que ce dernier a déjà fournis — même s’ils étaient parfaitement exacts au moment où ils l’ont été — soient en conséquence « dénatur[és] ou [. . .] rédui[ts] à néant ». L’arrêt *Sinclair* oblige les policiers à accorder de nouveau au détenu le droit de consulter un avocat afin de faire contrepoids à de tels effets.

(3) Le fait de « miner » la confiance ne se limite pas au dénigrement intentionnel de l’avocat de la défense

[40] Les affaires les plus notables dans ce domaine du droit sont celles, comme *Burlingham*, dans lesquelles les policiers ont expressément mis en doute la compétence ou la fiabilité de l’avocat de la défense. Dans l’arrêt *Burlingham* et certaines décisions subséquentes, ce type de conduite a été qualifié de « dénigrement » de l’avocat de la défense. Dans les affaires de ce genre, il est difficile de voir dans la conduite des policiers autre chose qu’un effort intentionnel en vue de miner les conseils juridiques fournis au détenu.

[41] The *Sinclair* analysis does not, however, distinguish between intentional and unintentional undermining of legal advice. The focus remains on the effects of the police conduct. Where the police conduct has the effect of undermining the legal advice given to a detainee, and where it is objectively observable that this has occurred, the right to a second consultation arises. There is no need to prove that the police conduct was intended to have this effect.

[42] This conclusion follows from a consideration of the basic principles that underlie the *Sinclair* framework. *Sinclair* mandates that police provide a second opportunity to consult counsel where “changed circumstances suggest that reconsultation is necessary in order for the detainee to have the information relevant to choosing whether to cooperate with the police investigation or not”: para. 48. To focus on whether the police *intended* to bring about a change in circumstance would be to shift the inquiry away from the necessity for reconsultation and toward the fault of the police. This would distort *Sinclair*. The duty to facilitate reconsultation is not imposed on police as a punishment for ill-intentioned conduct.

[43] The case law also demonstrates that police conduct can unintentionally undermine the legal advice provided to a detainee: see, e.g., *R. v. Daley*, 2015 ONSC 7145, at para. 42 (CanLII), per Fairburn J. (as she then was); *R. v. McGregor*, 2020 ONSC 4802, at para. 194 (CanLII); *R. v. Taylor*, 2016 BCSC 1956, at para. 54 (CanLII). It is for this reason that the Court of Appeal for Ontario was correct to warn that “police tread on dangerous ground when they comment on the legal advice tendered to detainees”: *R. v. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234, at para. 36. The ground sometimes gives way, and the prohibited effect occurs, even where the intention to achieve it was absent.

[41] Cependant, l’analyse énoncée dans *Sinclair* ne fait pas de distinction entre le fait que les conseils juridiques soient minés de manière intentionnelle ou non. Elle continue d’être axée sur l’effet de la conduite des policiers. Lorsque la conduite de ceux-ci a pour effet de miner les conseils juridiques fournis à un détenu, et lorsqu’il est objectivement observable que cela s’est produit, cela fait naître le droit à une seconde consultation. Il n’est pas nécessaire de prouver que la conduite des policiers visait à produire cet effet.

[42] Cette conclusion découle de la prise en compte des principes de base qui sous-tendent le cadre d’analyse établi dans *Sinclair*. Cet arrêt impose aux policiers l’obligation d’accorder au détenu une seconde possibilité de consulter un avocat lorsque « le changement de circonstances tend à indiquer qu’une nouvelle consultation s’impose pour permettre au détenu d’obtenir les renseignements dont il a besoin pour choisir de coopérer ou non à l’enquête policière » : para. 48. Le fait de s’attacher à la question de savoir si les policiers *avaient l’intention* de susciter un changement de circonstances aurait pour effet d’axer l’examen non plus sur la nécessité d’une nouvelle consultation mais sur la faute des policiers. Cela dénaturerait l’analyse énoncée dans *Sinclair*. L’obligation de faciliter une nouvelle consultation n’est pas imposée aux policiers en tant que sanction pour une conduite mal intentionnée.

[43] Il ressort également de la jurisprudence que la conduite des policiers peut miner de manière non intentionnelle les conseils juridiques fournis à un détenu : voir, p. ex., *R. c. Daley*, 2015 ONSC 7145, par. 42 (CanLII), la juge Fairburn (maintenant juge en chef adjointe de la Cour d’appel); *R. c. McGregor*, 2020 ONSC 4802, par. 194 (CanLII); *R. c. Taylor*, 2016 BCSC 1956, par. 54 (CanLII). C’est la raison pour laquelle la Cour d’appel de l’Ontario a eu raison de formuler la mise en garde suivante : [TRADUCTION] « Les policiers s’aventurent en terrain dangereux quand ils commentent les conseils juridiques fournis aux détenus » (*R. c. Mujku*, 2011 ONCA 64, 226 C.R.R. (2d) 234, par. 36). En effet, il arrive parfois que le terrain s’effaisse et que l’effet prohibé survienne, même si l’intention qu’il se produise n’y était pas.

[44] Nor is there any principled reason to think that police conduct must amount to the “belittling” of defence counsel in order to “undermine” legal advice in the *Sinclair* sense of that term. Recall that *Sinclair* described the “undermin[ing]” of legal advice as being conduct which “may have the effect of distorting or nullifying [that advice]”: para. 52 (emphasis added). Conduct other than the express belittlement of defence counsel may have this effect: see, e.g., *R. v. Azonwanna*, 2020 ONSC 5416, 468 C.R.R. (2d) 258, at paras. 122 and 148-49, in which police undermined the legal advice that a detainee had received by providing a misleading and incorrect summary of his right to silence. There would be no point, however, in trying to catalogue the various types of police conduct that could have the effect of “undermin[ing]” legal advice in this context. The focus remains on the objectively observable *effects* of the police conduct, rather than on the conduct itself.

[45] Simply put, the purpose of s. 10(b) is to provide the detainee with an opportunity to obtain legal advice relevant to their legal situation. As noted earlier, the legal advice is intended to ensure that “the detainee’s decision to cooperate with the investigation or decline to do so is free and informed”. The legal advice received by a detainee can fulfill this function only if the detainee regards it as legally correct and trustworthy. The purpose of s. 10(b) will be frustrated by police conduct that causes the detainee to doubt the legal correctness of the advice they have received or the trustworthiness of the lawyer who provided it. Police conduct of this sort is properly said to “undermine” the legal advice that the detainee has received. If there are objectively observable indicators that the legal advice provided to a detainee has been undermined, the right to a second consultation arises. By contrast, the right to reconsult will not be triggered by legitimate police tactics that persuade a detainee to cooperate without undermining the advice that they have received. As *Sinclair* makes clear, police tactics such as “revealing (actual or fake) evidence to the detainee in order to demonstrate or exaggerate the strength of the case against him” do

[44] Il n’existe pas non plus de principe raisonné justifiant de penser que la conduite des policiers doit aller jusqu’au « dénigrement » de l’avocat de la défense pour que les conseils juridiques soient « minés » au sens donné à ce mot dans *Sinclair*. Je rappelle que, dans cet arrêt, on a décrit le fait de « miner » des conseils juridiques comme étant une conduite qui « peut avoir pour effet de les dénaturer ou de les réduire à néant » : par. 52 (je souligne). Une conduite qui ne constitue pas du dénigrement explicite de l’avocat de la défense peut avoir un tel effet : voir, p. ex., *R. c. Azonwanna*, 2020 ONSC 5416, 468 C.R.R. (2d) 258, par. 122 et 148-149, dans laquelle les policiers ont miné les conseils juridiques reçus par le détenu en lui faisant un résumé trompeur et incorrect de son droit de garder le silence. Il serait vain, toutefois, de tenter de cataloguer les divers types de conduite policière qui pourraient avoir l’effet de « miner » des conseils juridiques dans ce contexte. L’analyse demeure axée sur les *effets* objectivement observables de la conduite des policiers plutôt que sur la conduite elle-même.

[45] Pour dire les choses simplement, l’objet de l’al. 10b) consiste à fournir à la personne détenue la possibilité d’obtenir des conseils juridiques propres à sa situation juridique. Comme il a été souligné précédemment, les conseils juridiques visent à faire en sorte que « la décision du détenu de coopérer ou non à l’enquête soit à la fois libre et éclairée ». Les conseils juridiques reçus par un détenu peuvent remplir cette fonction uniquement si le détenu les considère comme juridiquement corrects et fiables. La réalisation de l’objet de l’al. 10b) sera contrecarrée par une conduite policière qui amène le détenu à mettre en doute l’exactitude juridique des conseils qu’il a reçus ou la fiabilité de l’avocat qui les a donnés. Il est justifié de dire d’une telle conduite policière qu’elle « mine » les conseils juridiques que le détenu a reçus. La présence d’indices objectivement observables que les conseils juridiques fournis au détenu ont été minés fait naître le droit à une seconde consultation. En revanche, le droit de consulter de nouveau un avocat ne sera pas déclenché par des tactiques policières légitimes qui persuadent un détenu de coopérer sans miner les conseils qu’il a reçus. Comme l’indique clairement l’arrêt *Sinclair*, des tactiques policières

not trigger the right to a second consultation with counsel: para. 60.

B. *Application*

[46] I am satisfied that the police conduct in this case had the effect of leading Mr. Dussault to believe, first, that an in-person consultation with Mr. Benoît would occur and, second, that Mr. Benoît had failed to come to the police station for that consultation. The effect of this was to undermine the legal advice that Mr. Benoît had provided to Mr. Dussault during their telephone conversation. Importantly, there were objectively observable indicators of this. In my view, these indicators triggered the police duty to provide Mr. Dussault with a second opportunity to consult counsel. The police failed to discharge that duty and, in doing so, breached Mr. Dussault's right to counsel.

(1) The Police Misled Mr. Dussault

[47] In my opinion, two separate acts of Officer Chicoine combined to have the effect of undermining the legal advice provided by Mr. Benoît.

[48] The first act occurred during Officer Chicoine's first telephone conversation with Mr. Benoît. When Mr. Benoît said that he was coming to the police station to meet with Mr. Dussault and asked that the investigation be suspended, Officer Chicoine responded that this would be no problem or no trouble. In reasonable reliance on Officer Chicoine's words, Mr. Benoît advised Mr. Dussault that he was coming to the police station to meet with him and that, in the interim, he would be placed in a cell. Officer Chicoine's words therefore had the effect, albeit indirect, of causing Mr. Dussault to believe that an in-person meeting would take place.

[49] The second act occurred at 8:52 p.m. By this time, Mr. Benoît had come and gone. When Officer Chicoine told Mr. Dussault that Officer Simard was

tel le fait « de révéler petit à petit des éléments de preuve (réels ou faux) au détenu pour démontrer ou exagérer la solidité de la preuve contre lui » ne font pas naître de droit à une seconde consultation avec un avocat : par. 60.

B. *Application*

[46] Je suis convaincu que la conduite des policiers dans la présente affaire a eu pour effet d'amener M. Dussault à croire, premièrement, qu'une consultation en personne avec M^e Benoît aurait lieu, et, deuxièmement, que M^e Benoît n'était pas venu au poste de police en vue de cette consultation. Cela a eu pour effet de miner les conseils juridiques que M^e Benoît avait donnés à M. Dussault durant leur conversation téléphonique. Fait important, il existait des indices objectivement observables que c'était le cas. À mon avis, ces indices ont fait naître l'obligation pour les policiers de fournir à M. Dussault une seconde possibilité de consulter un avocat. Les policiers ne se sont pas acquittés de cette obligation et, ce faisant, ils ont violé le droit de M. Dussault à l'assistance d'un avocat.

(1) Les policiers ont induit M. Dussault en erreur

[47] À mon avis, deux actes distincts du policier Chicoine ont, ensemble, eu pour effet de miner les conseils juridiques donnés par M^e Benoît.

[48] Le premier acte est survenu lors de la première conversation téléphonique du policier Chicoine avec M^e Benoît. Quand ce dernier a dit qu'il venait au poste de police pour rencontrer M. Dussault et a demandé que l'enquête soit suspendue, le policier Chicoine a répondu qu'il n'y aurait pas de problème, pas de trouble. Se fiant raisonnablement aux paroles du policier Chicoine, M^e Benoît a avisé M. Dussault qu'il se rendait au poste de police pour le rencontrer et que, dans l'intervalle, il serait placé dans une cellule. Les paroles du policier Chicoine ont donc eu pour effet, quoiqu'indirectement, d'amener M. Dussault à croire qu'une rencontre en personne aurait lieu.

[49] Le deuxième acte s'est produit à 20 h 52. À ce moment-là, M^e Benoît était venu et reparti. Lorsque le policier Chicoine a informé M. Dussault

ready to meet with him, Mr. Dussault asked point-blank whether his [TRANSLATION] “lawyer arrived”. Officer Chicoine responded that Mr. Benoît [TRANSLATION] “isn’t at the front of the station”: A.R., vol. VI, at p. 38.

[50] In oral argument before this Court, counsel for the Crown insisted that this was [TRANSLATION] “a particularly delicate situation” for Officer Chicoine: transcript, at p. 9. Counsel stated that Officer Chicoine could not tell Mr. Dussault that Mr. Benoît had come and gone without risking [TRANSLATION] “a certain denigration of the lawyer’s work”: p. 8. In response to this statement, counsel was asked whether it would not have been simpler for Officer Chicoine to tell Mr. Dussault that it was the police who had prevented Mr. Benoît from meeting with him. Counsel responded that this might have cast [TRANSLATION] “doubt on the quality of the advice” that Mr. Dussault had received: p. 9. Counsel was evidently of the opinion that Officer Chicoine averted these risks by telling Mr. Dussault that Mr. Benoît “isn’t at the front of the station”.

[51] I do not agree that Officer Chicoine successfully extricated himself from this delicate situation. The most reasonable interpretation of Officer Chicoine’s response was that Mr. Benoît had not arrived at all. Indeed, Mr. Dussault’s statements during the interrogation indicate that this is precisely what he believed ([TRANSLATION] “he told me to wait till he was here, and he still hasn’t arrived”). Officer Chicoine’s statement misled Mr. Dussault into believing that Mr. Benoît had failed to come to the station for their in-person consultation. If Officer Chicoine was worried about denigrating counsel or casting a doubt on the quality of the legal advice that Mr. Dussault had received, I fail to see how the words that he chose were an improvement over telling Mr. Dussault that Mr. Benoît had come and gone.

(2) The Police Conduct Undermined the Legal Advice Provided to Mr. Dussault

[52] Two factors in particular support my conclusion that the above-described police conduct had the effect

que le policier Simard était prêt à le rencontrer, M. Dussault a sur-le-champ demandé si son « avocat [était] arrivé ». Le policier Chicoine a répondu que M^e Benoît « n’[était] pas à l’avant du poste » : d.a., vol. VI, p. 38.

[50] Durant les plaidoiries orales devant notre Cour, l’avocat représentant la Couronne a insisté sur le fait qu’il s’agissait d’« une situation particulièrement délicate » pour le policier Chicoine : transcription, p. 9. L’avocat a affirmé que le policier Chicoine ne pouvait pas dire à M. Dussault que M^e Benoît était venu puis reparti sans risquer « un certain dénigrement du travail de l’avocat » : p. 8. En réponse à cette affirmation, l’avocat s’est fait demander s’il n’aurait pas été plus simple que le policier Chicoine dise à M. Dussault que c’étaient les policiers qui avaient empêché M^e Benoît de le rencontrer. L’avocat a répondu que cela aurait pu susciter « un doute sur la qualité du conseil » que M. Dussault avait reçu : p. 9. L’avocat était manifestement d’avis que le policier Chicoine avait évité ces risques en disant à M. Dussault que M^e Benoît « n’[était] pas à l’avant du poste ».

[51] Je ne suis pas d’accord pour dire que le policier Chicoine s’est extirpé avec succès de cette délicate situation. L’interprétation la plus raisonnable de la réponse donnée par le policier Chicoine était que M^e Benoît n’était pas du tout arrivé. En fait, les déclarations de M. Dussault pendant l’interrogatoire indiquent que c’est précisément ce qu’il a cru (« il m’a dit d’attendre qu’il soit là puis il est toujours pas arrivé »). La réponse du policier Chicoine a induit M. Dussault en erreur, en l’amenant à croire que M^e Benoît n’était pas venu au poste de police en vue de leur consultation en personne. Si le policier Chicoine était soucieux de ne pas dénigrer l’avocat ou de ne pas susciter un doute sur la qualité des conseils juridiques que M. Dussault avait reçus, je ne vois pas en quoi les mots qu’il a choisi d’utiliser constituaient une meilleure solution que le fait de dire à M. Dussault que M^e Benoît était venu puis reparti.

(2) La conduite policière a miné les conseils juridiques fournis à M. Dussault

[52] Deux facteurs en particulier étayent ma conclusion selon laquelle la conduite policière décrite

of undermining the legal advice that Mr. Benoît had provided to Mr. Dussault.

[53] The first is the content of the advice itself. Mr. Benoît advised Mr. Dussault that he was coming to the police station to meet with him in person; that, in the interim, Mr. Dussault would be placed in his cell; and that he — Mr. Dussault — should not speak to anyone. In refusing to permit Mr. Benoît to meet with Mr. Dussault, the police effectively falsified an important premise of Mr. Benoît’s advice — i.e. that Mr. Dussault would be placed in a cell until Mr. Benoît arrived. This is an example of the “distort[ion]” of legal advice that was warned against in *Sinclair*.

[54] The second is the evidence of what Mr. Dussault said during the interrogation itself. He repeatedly expressed that his lawyer had told him he would be there ([TRANSLATION] “That, my lawyer told me he was supposed to be here”); he stated his belief that his lawyer had never actually arrived (“he told me to wait till he was here, and he still hasn’t arrived”); he openly questioned why his lawyer had given him the advice that he had given (“But that, my lawyer, he told me to . . . why did he tell me to remain . . . He just told me to give my name, my things, and he told me to remain silent until he was here. Why did he tell me that?”); and he implied that his lawyer’s failure to show up had left him feeling alone (“Because he told me he’d be here. Now I feel like I’m a bit on my own”).

[55] When these statements are considered in their totality and in light of all relevant circumstances, it is clear that they were objectively observable indicators that the legal advice given to Mr. Dussault had been undermined.

[56] In *R. v. Rover*, 2018 ONCA 745, 143 O.R. (3d) 135, Doherty J.A. described the right to counsel as a “lifeline” through which detained persons obtain legal advice and “the sense that they are not entirely at the mercy of the police while detained”: para. 45; see also *R. v. Tremblay*, 2021 QCCA 24, at para. 40 (CanLII). I agree. In this case, the conduct of the

ci-dessus a eu pour effet de miner les conseils juridiques que M^e Benoît avait fournis à M. Dussault.

[53] Le premier est la teneur des conseils eux-mêmes. Maître Benoît a avisé M. Dussault qu’il se rendait au poste de police pour le rencontrer en personne; que, dans l’intervalle, M. Dussault serait placé dans une cellule; et qu’il — M. Dussault — ne devait parler à personne. En refusant de permettre à M^e Benoît de rencontrer M. Dussault, les policiers ont effectivement faussé une prémisse importante des conseils de M^e Benoît — c’est-à-dire que M. Dussault serait placé dans une cellule jusqu’à ce que M^e Benoît arrive. Il s’agit là d’un exemple de « dénatur[at]ions » des conseils juridiques contre lesquelles l’arrêt *Sinclair* a mis en garde.

[54] Le deuxième est la preuve de ce que M. Dussault a dit pendant l’interrogatoire lui-même. Il a à maintes reprises mentionné que son avocat lui avait dit qu’il serait là (« Ça, mon avocat m’a dit qu’il était supposé d’être *icitte* »); il a exprimé sa conviction selon laquelle son avocat n’était jamais vraiment arrivé (« il m’a dit d’attendre qu’il soit là puis il est toujours pas arrivé »); il s’est ouvertement demandé pourquoi son avocat lui avait formulé les conseils qu’il lui avait donnés (« Mais ça, mon avocat, il m’a dit de . . . pourquoi qu’il me dit de garder ça . . . Il m’a juste dit de donner mon nom, mes affaires puis il m’a dit que tant qu’il est pas là, de garder le silence. Pourquoi qu’il m’a dit ça? »); et il a laissé entendre que le défaut de son avocat de se présenter le faisait se sentir seul (« Parce qu’il m’a dit qu’il serait *icitte*. Là, je me sens comme un peu tout seul là »).

[55] Lorsque ces déclarations sont considérées dans leur ensemble et à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, il est clair qu’il existait des indices objectivement observables que les conseils juridiques donnés à M. Dussault avaient été minés.

[56] Dans *R. c. Rover*, 2018 ONCA 745, 143 O.R. (3d) 135, le juge Doherty a décrit le droit à l’assistance d’un avocat comme un [TRADUCTION] « canal de communication » grâce auquel les personnes détenues obtiennent des conseils juridiques et « ont aussi le sentiment qu’elles ne sont pas entièrement à la merci des policiers pendant leur détention » : par. 45; voir

police had the effect of undermining and distorting the advice that Mr. Dussault had received. The police ought to have offered him a second opportunity to re-establish his “lifeline”, but they did not. In failing to do so, they breached his s. 10(b) rights.

C. *Remedy*

[57] The Crown has conceded, in my view properly, that Mr. Dussault’s incriminating statement should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* if it was obtained in violation of s. 10(b).

V. Disposition

[58] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Gatineau.

Solicitors for the respondent: Raby Dubé Le Borgne, Montréal.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers’ Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Jean-Claude Dubé, Avocats, Laval.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil: Marcoux Elayoubi Raymond, Longueuil.

aussi *R. c. Tremblay*, 2021 QCCA 24, 69 C.R. (7th) 28, par. 40. Je suis d’accord. En l’espèce, la conduite policière a eu pour effet de miner et de dénaturer les conseils que M. Dussault avait reçus. Les policiers auraient dû offrir à ce dernier une seconde possibilité de rétablir son « canal de communication », mais ils ne l’ont pas fait. En ne le faisant pas, ils ont violé les droits que l’al. 10b) garantit à M. Dussault.

C. *Réparation*

[57] La Couronne a concédé, à juste titre selon moi, que la déclaration incriminante de M. Dussault devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte* si elle a été obtenue en violation de l’al. 10b).

V. Dispositif

[58] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Gatineau.

Procureurs de l’intimé : Raby Dubé Le Borgne, Montréal.

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

Procureurs de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association : Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Jean-Claude Dubé, Avocats, Laval.

Procureurs de l’intervenante l’Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil : Marcoux Elayoubi Raymond, Longueuil.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

J.F. *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British
Columbia, Attorney General
of Alberta, Criminal Lawyers’
Association of Ontario, Association
québécoise des avocats et avocates de
la défense and Association des avocats
de la défense de Montréal-Laval-
Longueuil** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. J.F.

2022 SCC 17

File No.: 39267.

2021: November 30; 2022: May 6.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté,
Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

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

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Order for new trial — Whether, after new trial is ordered, accused can file motion under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms for stay of proceedings based on delay in accused’s first trial — Whether presumptive ceilings established in Jordan apply to retrial delay.

In February 2011, the accused was charged with seven counts involving sexual offences against his daughter. The trial, whose estimated length was two days, began on December 3, 2013, in the Court of Québec, following a preliminary inquiry. Argument was completed on May 16, 2016, at which time judgment was reserved. While judgment was reserved, the Court rendered its decision in *Jordan*. On February 10, 2017, six years after he was charged, the accused was acquitted on all counts. On June 13, 2018, the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

J.F. *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario,
procureur général de la Colombie-
Britannique, procureur général
de l’Alberta, Criminal Lawyers’
Association of Ontario, Association
québécoise des avocats et avocates de
la défense et Association des avocats
de la défense de Montréal-Laval-
Longueuil** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. J.F.

2022 CSC 17

N° du greffe : 39267.

2021 : 30 novembre; 2022 : 6 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et
Jamal.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Ordonnance de nouveau procès — L’accusé peut-il, après le prononcé d’une ordonnance intimant la tenue d’un nouveau procès, déposer en vertu de l’al. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés une requête en arrêt des procédures invoquant les délais qui ont marqué son premier procès? — Les plafonds présumés établis dans l’arrêt Jordan s’appliquent-ils aux délais liés au deuxième procès?

En février 2011, l’accusé est inculpé de sept chefs d’accusation portant sur des infractions de nature sexuelle à l’égard de sa fille. Le procès, d’une durée estimée de deux jours, débute le 3 décembre 2013 devant la Cour du Québec, au terme d’une enquête préliminaire. Les plaidoiries sont complétées le 16 mai 2016, date à laquelle l’affaire est mise en délibéré. Pendant le délibéré, la Cour rend l’arrêt *Jordan*. Le 10 février 2017, soit six ans après son inculpation, l’accusé est acquitté de l’ensemble des chefs

Quebec Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial. Before the retrial began, the accused filed a motion for a stay of proceedings for unreasonable delay under s. 11(b) of the *Charter*. The motion concerned the delays in the first trial and the retrial.

In assessing whether the s. 11(b) right had been infringed, the trial judge combined the delays for the first trial and the retrial. She held that the accused's right to be tried within a reasonable time had been infringed, and she entered a stay of proceedings. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal, finding that it had not rebutted the presumption that the total delay between the charges and the end of the argument at the first trial was unreasonable.

Held (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed, the stay of proceedings set aside and the case remanded to another judge of the Court of Québec for the continuation of the trial.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.: The *Jordan* framework applies when a motion for a stay of proceedings for unreasonable delay is brought in the course of a retrial. The ceilings set in *Jordan* apply to retrial delay, but when an accused brings a motion for a stay of proceedings for unreasonable delay after an appeal court has ordered a new trial, only the delay in that trial will be counted in calculating delay.

Given that the *Jordan* framework offers greater predictability and clarity and encourages all parties to act proactively, it follows that an accused must raise the unreasonableness of trial delay in a timely manner. It is generally recognized that an accused who raises the unreasonableness of delay after trial, and particularly after conviction, is not acting in a timely manner. It is therefore only exceptionally that an infringement of the right to be tried within a reasonable time can be raised by an accused for the first time on appeal.

However, waiver of delay cannot be inferred solely from an accused's silence or failure to act. For a court to find that delay has been waived, an accused must take some direct action from which a consent to delay can be properly inferred. A court cannot regard an accused's long silence or lengthy inaction as amounting to a clear and unequivocal waiver or an acceptance of the delay associated with a past trial. Any person charged with an offence has the right to be tried within a reasonable time without having to explicitly state their wish to be protected by this

d'accusation. Le 13 juin 2018, la Cour d'appel du Québec casse l'acquittal et ordonne la tenue d'un nouveau procès. Avant que le deuxième procès ne débute, l'accusé dépose une requête en arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable en vertu de l'al. 11b) de la *Charte*, qui vise les délais liés aux premier et deuxième procès.

Dans l'évaluation de la violation du droit garanti par l'al. 11b), la juge de première instance combine les délais liés aux premier et deuxième procès. Elle conclut que le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé et ordonne l'arrêt des procédures. La Cour d'appel rejette le pourvoi du ministère public, concluant qu'il n'a pas réussi à réfuter la présomption de déraisonnabilité du délai total entre l'inculpation et la fin des plaidoiries du premier procès.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est accueilli, l'arrêt des procédures est annulé et l'affaire est renvoyée devant un autre juge de la Cour du Québec pour la continuation du procès.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal : Le cadre d'analyse de l'arrêt *Jordan* s'applique en cas de requête en arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable présentée lors d'un deuxième procès. Les plafonds fixés dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent aux délais liés à un nouveau procès, mais lorsque l'accusé présente sa requête en arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable après qu'une cour d'appel a ordonné un nouveau procès, seuls les délais liés au second procès seront comptabilisés aux fins du calcul des délais.

Puisque le cadre établi par l'arrêt *Jordan* offre davantage de prévisibilité et de clarté, et qu'il encourage toutes les parties à adopter des comportements proactifs, l'accusé doit de ce fait soulever en temps utile le caractère déraisonnable des délais liés à son procès. Il est généralement reconnu qu'un accusé qui soulève le caractère déraisonnable des délais après la tenue de son procès, et particulièrement après la déclaration de culpabilité, n'agit pas en temps utile. C'est donc seulement à titre exceptionnel que l'accusé peut soulever pour la première fois en appel la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

Toutefois, le silence ou le défaut d'agir de l'accusé ne saurait, à lui seul, permettre d'inférer qu'il y a eu renonciation à contester les délais. Il faut un acte exprès dont on peut déduire l'acquiescement au délai de la part de l'accusé pour que le tribunal puisse conclure qu'il y a eu renonciation. Le long silence ou la longue inaction de l'accusé ne peut être considéré par le tribunal comme équivalant à une renonciation claire et non-équivoque ou à une acceptation des délais associés à un procès passé. Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable appartient à

right. Lateness in bringing a s. 11(b) motion for a stay of proceedings nonetheless remains an important factor in determining whether an accused has waived delay. Waiver is established on the basis of the accused's conduct, having regard to the circumstances of each case.

Since the adoption of the *Jordan* framework, which requires an accused to take appropriate action in a timely manner, an accused cannot bring a s. 11(b) motion during a retrial based on delay in their first trial. Lateness in taking action impedes the proper administration of justice and contributes to maintaining inefficient practices that have a negative impact on the justice system and its limited resources. Bringing a motion in a retrial for a stay of proceedings based on first-trial delay is contrary to the parties' duty to take proactive measures and interferes with the proper administration of justice. While an accused has no legal obligation to assert their right to be tried within a reasonable time in order for that right to exist, this does not entitle the accused to do nothing when they believe that their s. 11(b) right is not being or will not be respected. Section 11(b) does not allow an accused to benefit unduly from the lengthening of delay. This means that an accused may not raise first-trial delay once a new trial is ordered. The computation of delay restarts at zero when such an order is made. However, a court may be able to consider first-trial delay in assessing the reasonableness of retrial delay in certain exceptional circumstances.

After a new trial is ordered, the accused regains the status of a person charged with an offence. Delay following such an order is trial delay and therefore falls within *Jordan*, so the presumptive ceilings established in *Jordan* apply to the delay in the new trial. It is not appropriate to adopt different presumptive ceilings for retrials. It has not been shown that there is a real problem, let alone one that could warrant the imposition of a new constitutional standard. The presumptive ceilings established in *Jordan* provide a uniform general framework for assessing the reasonableness of the delay between the charge and the end of trial, irrespective of the varying degrees of prejudice experienced by different groups and individuals. The creation of a new ceiling would be incompatible with the uniform-ceiling approach adopted in *Jordan* and would undermine its objective of simplifying and streamlining the s. 11(b) framework. The *Jordan* framework is flexible enough to be adapted to the specific circumstances of an

l'inculpé sans qu'il n'ait besoin d'affirmer explicitement son désir d'être protégé par ce droit. La présentation tardive d'une requête en arrêt des procédures fondée sur l'al. 11b) demeure néanmoins un facteur important pour décider si l'accusé a renoncé à invoquer les délais. L'existence d'une renonciation est établie au regard de la conduite de l'accusé, suivant les circonstances propres à chaque affaire.

Depuis l'adoption du cadre établi dans *Jordan*, qui demande à l'accusé de prendre en temps utile des mesures appropriées, ce dernier ne peut dans le cadre du deuxième procès présenter en vertu de l'al. 11b) une requête invoquant les délais survenus lors du premier. Agir tardivement nuit à la saine administration de la justice et contribue au maintien de pratiques inefficaces qui ont des incidences négatives sur le système judiciaire et sur ses ressources limitées. Le fait de présenter lors d'un deuxième procès une requête en arrêt des procédures fondée sur les délais survenus lors du premier procès est contraire au devoir qu'ont les parties de prendre des mesures proactives et nuit à la saine administration de la justice. Bien que l'accusé ne soit aucunement tenu juridiquement de faire valoir son droit d'être jugé dans un délai raisonnable pour que ce droit existe, cela ne l'autorise pas pour autant à demeurer inactif lorsqu'il estime que le droit que lui garantit l'al. 11b) n'est pas respecté ou ne le sera pas. L'alinéa 11b) ne permet pas à l'accusé de profiter indûment de l'allongement des délais. Ainsi, le prononcé d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès empêche l'accusé de soulever les délais liés à son premier procès. La computation des délais recommence à zéro à la suite de l'ordonnance. Il pourrait cependant être permis, dans certaines circonstances exceptionnelles, de considérer les délais liés au premier procès dans l'évaluation du caractère raisonnable des délais liés au second.

Après le prononcé d'une ordonnance de nouveau procès, l'accusé retrouve le statut d'inculpé et les délais qui courent à la suite de cette ordonnance sont des délais liés au procès et sont donc visés par l'arrêt *Jordan*. Ainsi, les plafonds présumés établis par *Jordan* s'appliquent aux délais liés au nouveau procès. Il n'est pas opportun d'adopter des plafonds présumés différents à l'égard des deuxièmes procès. L'existence d'un problème réel n'a pas été démontrée, et encore moins d'un problème qui pourrait justifier l'imposition d'une nouvelle norme constitutionnelle. Les plafonds présumés établis dans l'arrêt *Jordan* offrent un cadre général uniforme pour évaluer le caractère raisonnable des délais entre l'inculpation et la fin du procès, et ce, peu importe les divers degrés de préjudice subi par différents groupes et individus. La création d'un nouveau plafond serait incompatible avec l'approche du plafond uniforme adopté dans l'arrêt *Jordan* et entraverait la réalisation de l'objectif de cet arrêt, soit simplifier et rationaliser le

accused who is retried and to be used by courts to determine whether retrial delay is reasonable, even where it is below the presumptive ceiling. Delay is not reasonable simply because it is within the applicable ceiling; it is only presumptively reasonable.

Two factors can be considered in analyzing the reasonableness of retrial delay in order to take account of the specific nature of this context: retrials must be prioritized when scheduling hearings, and retrials are, as a general rule, to be conducted in less time than first trials. These factors must be assessed contextually, as required by *Jordan*. In this regard, first-trial delay is one of the circumstances that may be taken into account in the assessment. In a context where the first-trial delay exceeds the applicable ceiling, failure to act expeditiously and to prioritize the case could weigh in favour of a finding that the retrial delay is unreasonable. However, the fact that this contextual element is considered does not allow an accused to raise first-trial delay indirectly; it is the retrial delay that remains the focus of the analysis.

In this case, the accused did not act in a timely manner. It was not until a few months before his retrial was to be held that he brought his s. 11(b) motion. As a result, the delay in his first trial cannot be considered in calculating the total delay. Only the delay since the order for a new trial is counted. The total delay between the order for a new trial and the actual or anticipated end of that trial, 10 months and 5 days, is well below the 30-month presumptive ceiling. None of the factors associated with this specific context supports a finding that the accused's right to be tried within a reasonable time was infringed: the anticipated retrial delay is very short and the case was prioritized. The delay is reasonable and there are no grounds for a stay of proceedings.

Per Côté J. (dissenting): The appeal should be dismissed and the stay of proceedings upheld. There is agreement with the main principles in the majority's analysis. The approach adopted reflects the culture shift required by *Jordan* and provides a pragmatic solution. However, the specific context of the transition from the subjective *Morin* framework to the prospective *Jordan* framework created an exceptional circumstance. In this context, even a delay

cadre d'analyse des demandes fondées sur l'al. 11b). Le cadre défini dans l'arrêt *Jordan* est suffisamment souple pour s'adapter aux circonstances propres à un accusé qui subit un deuxième procès et pour permettre aux tribunaux de décider si le délai dans lequel a été tenu le deuxième procès est raisonnable ou non, et ce, même si ce délai est inférieur au plafond présumé. Un délai qui respecte le plafond applicable n'est pas de ce seul fait raisonnable, mais uniquement présumé l'être.

Deux facteurs peuvent être considérés dans l'analyse du caractère raisonnable des délais d'un deuxième procès afin de prendre en compte la particularité de ce contexte : la tenue des deuxième procès doit être priorisée lors de l'établissement du calendrier des audiences, et les délais liés au nouveau procès doivent, en règle générale, être plus courts que ceux liés au premier. Ces facteurs doivent être examinés de façon contextuelle comme le demande l'arrêt *Jordan*. En ce sens, les délais du premier procès représentent un exemple de circonstances qui peuvent être prises en considération dans l'évaluation. L'absence d'empressement à agir et de priorisation du dossier dans un contexte où les délais du premier procès excèdent le plafond applicable pourrait militer en faveur de la conclusion que le délai du deuxième procès est déraisonnable. La prise en compte de cet élément contextuel n'autorise toutefois pas l'accusé à soulever de façon détournée les délais liés à son premier procès; ce sont les délais du deuxième procès qui demeurent au cœur de l'analyse.

En l'espèce, l'accusé n'a pas agi en temps utile. Ce n'est que quelques mois avant la tenue de son deuxième procès qu'il a présenté sa requête fondée sur l'al. 11b). Les délais liés à son premier procès ne peuvent donc être considérés dans le calcul du délai total. Seuls les délais survenus depuis l'ordonnance intimant la tenue du nouveau procès sont comptabilisés. Le délai total entre l'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès et la conclusion réelle ou anticipée de ce dernier, 10 mois et 5 jours, est bien en deçà du plafond présumé de 30 mois. Aucun des facteurs liés à ce contexte particulier ne permet de conclure à la violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable : le délai anticipé du deuxième procès est très court et le dossier a été priorisé. Le délai est raisonnable et il n'y a pas matière à arrêter les procédures.

La juge Côté (dissidente) : Le pourvoi devrait être rejeté, et l'arrêt des procédures, confirmé. Il y a accord avec les grands principes de l'analyse des juges majoritaires. L'approche retenue est le reflet du changement de culture imposé par l'arrêt *Jordan* et offre une solution pragmatique. Or, la situation particulière de la transition du cadre subjectif de *Morin* vers le cadre prospectif de *Jordan* a engendré une circonstance exceptionnelle. Dans

of 10 months and 5 days in a non-complex case like this one is sufficiently long to justify taking the first-trial delay into account. Because the issue of reasonableness of delay arises in a context where the accused's first trial had been completed and judgment had been reserved by the time the Court rendered its decision in *Jordan*, this is one of the exceptional cases in which a stay of proceedings must be entered even though the accused did not raise the infringement of s. 11(b) until after a retrial was ordered.

The accused cannot be faulted for not acting proactively and filing a motion for a stay of proceedings before the end of his first trial or in the Court of Appeal. He had a right to have the trial completed and to obtain an acquittal. Fighting to secure an acquittal is a right, not a strategy. Nor can the accused be faulted for not acting in keeping with a culture shift that had not occurred at the time of the events. Between the charges in February 2011 and the filing of the motion for a stay of proceedings in December 2018, only a period of 39 days from the first trial can be attributed to him, in nearly 8 years of proceedings. In reality, the Crown failed to prioritize the accused's case and the system failed to try him in a diligent and reasonable manner. The presumption that the delay is reasonable is rebutted.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Applied: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; **considered:** *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Rabba* (1991), 64 C.C.C. (3d) 445; *R. v. Collins*, [1995] 2 S.C.R. 1104; **referred to:** *R. v. K.G.K.*, 2020 SCC 7, [2020] 1 S.C.R. 364; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. MacDougall*, [1998] 3 S.C.R. 45; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *R. v. Rice*, 2018 QCCA 198; *R. v. Thanabalasingham*, 2020 SCC 18, [2020] 2 S.C.R. 413; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Boulanger*, 2022 SCC 2, [2022] 1 S.C.R. 9; *R. v. Ste-Marie*, 2022 SCC 3, [2022] 1 S.C.R. 14; *R. v. Warring*, 2017 ABCA 128, 347 C.C.C. (3d) 391; *R. v. C.D.*, 2014 ABCA 392, 588 A.R. 82; *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918; *R. v. G. (L.)*, 2007 ONCA 654, 228 C.C.C. (3d) 194; *Phillips v. R.*, 2017 QCCA 1284; *R. v. Roach*, 2009 ONCA 156, 246 O.A.C. 96; *Ontario (Labour) v. Cobra Float Service Inc.*, 2020 ONCA 527, 65 C.C.E.L. (4th) 169; *R. v. Chambers*, 2013

ce contexte, même un délai de 10 mois et 5 jours, dans un dossier non complexe comme celui-ci, est suffisamment long pour qu'il soit justifié de tenir compte des délais du premier procès. Puisque la question de la raisonabilité des délais se soulève dans un contexte où le premier procès de l'accusé était terminé et l'affaire était en délibéré au moment où la Cour a rendu l'arrêt *Jordan*, le présent dossier est l'un de ces cas d'exception où l'arrêt des procédures doit être ordonné, même si l'accusé n'a soulevé la violation de l'al. 11b) qu'après l'ordonnance de deuxième procès.

Il ne peut être reproché à l'accusé d'avoir omis d'agir de manière proactive et de présenter une requête en arrêt des procédures avant la fin de son premier procès ou devant la Cour d'appel. Il avait le droit que le procès soit mené à terme et d'obtenir un acquittement. Se battre pour obtenir un acquittement n'est pas une stratégie, c'est un droit. Il ne peut non plus être reproché à l'accusé d'avoir adopté une conduite incohérente avec un changement de culture qui n'existait pas au moment des faits. Entre l'inculpation de l'accusé en février 2011 et le dépôt de la requête en arrêt des procédures en décembre 2018, seule une période de 39 jours survenue lors du premier procès peut lui être imputée, sur près de 8 ans de procédures. Dans les faits, le ministère public a échoué à prioriser le dossier de l'accusé et le système a failli à le juger d'une manière diligente et raisonnable. La présomption de raisonabilité du délai est renversée.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêt appliqué : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; **arrêts examinés :** *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Rabba* (1991), 64 C.C.C. (3d) 445; *R. c. Collins*, [1995] 2 R.C.S. 1104; **arrêts mentionnés :** *R. c. K.G.K.*, 2020 CSC 7, [2020] 1 R.C.S. 364; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. MacDougall*, [1998] 3 R.C.S. 45; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *R. c. Rice*, 2018 QCCA 198, 44 C.R. (7th) 83; *R. c. Thanabalasingham*, 2020 CSC 18, [2020] 2 R.C.S. 413; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Boulanger*, 2022 CSC 2, [2022] 1 R.C.S. 9; *R. c. Ste-Marie*, 2022 CSC 3, [2022] 1 R.C.S. 14; *R. c. Warring*, 2017 ABCA 128, 347 C.C.C. (3d) 391; *R. c. C.D.*, 2014 ABCA 392, 588 A.R. 82; *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918; *R. c. G. (L.)*, 2007 ONCA 654, 228 C.C.C. (3d) 194; *Phillips c. R.*, 2017 QCCA 1284; *R. c. Roach*, 2009 ONCA 156, 246 O.A.C. 96; *Ontario (Labour) v. Cobra Float Service Inc.*, 2020 ONCA 527, 65 C.C.E.L.

ONCA 680, 311 O.A.C. 307; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Boisvert*, 2014 QCCA 191; *R. v. Barros*, 2014 ABCA 367, 317 C.C.C. (3d) 67; *R. v. Nikkel*, 2009 MBCA 8, 240 Man. R. (2d) 1; *R. v. Fitts*, 2015 ONCJ 746; *R. v. MacIsaac*, 2018 ONCA 650, 141 O.R. (3d) 721; *R. v. JEV*, 2019 ABCA 359, 381 C.C.C. (3d) 392; *R. v. J.A.L.*, 2019 ABCA 415; *Gakmakge v. R.*, 2017 QCCS 3279; *Masson v. R.*, 2019 QCCS 2953, 57 C.R. (7th) 415; *R. v. Richard*, 2017 MBQB 11, 375 C.R.R. (2d) 61.

By Côté J. (dissenting)

R. v. Jordan, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Rabba* (1991), 64 C.C.C. (3d) 445; *M.G. v. R.*, 2019 QCCA 1170.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

Authors Cited

Gold, Alan D., Michael Lacy and Laura Metcalfe. *A Practical Guide to the Charter: Section 11(b)*. Toronto: LexisNexis, 2019.

Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 28^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2021.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Levesque, Hogue and Sansfaçon JJ.A.), 2020 QCCA 666, [2020] AZ-51688190, [2020] Q.J. No. 3213 (QL), 2020 CarswellQue 8461 (WL), affirming a decision of Roy J.C.Q., 2019 QCCQ 1236, [2019] AZ-51576046, [2019] J.Q. n° 1737 (QL), 2019 CarswellQue 2045 (WL). Appeal allowed, Côté J. dissenting.

Nicolas Abran and Justin Tremblay, for the appellant.

Diego Gramajo, for the respondent.

(4th) 169; *R. c. Chambers*, 2013 ONCA 680, 311 O.A.C. 307; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Boisvert*, 2014 QCCA 191; *R. c. Barros*, 2014 ABCA 367, 317 C.C.C. (3d) 67; *R. c. Nikkel*, 2009 MBCA 8, 240 Man. R. (2d) 1; *R. c. Fitts*, 2015 ONCJ 746; *R. c. MacIsaac*, 2018 ONCA 650, 141 O.R. (3d) 721; *R. c. JEV*, 2019 ABCA 359, 381 C.C.C. (3d) 392; *R. c. J.A.L.*, 2019 ABCA 415; *Gakmakge c. R.*, 2017 QCCS 3279; *Masson c. R.*, 2019 QCCS 2953, 57 C.R. (7th) 415; *R. c. Richard*, 2017 MBQB 11, 375 C.R.R. (2d) 61.

Citée par la juge Côté (dissidente)

R. c. Jordan, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Rabba* (1991), 64 C.C.C. (3d) 445; *M.G. c. R.*, 2019 QCCA 1170.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(b).

Doctrine et autres documents cités

Gold, Alan D., Michael Lacy and Laura Metcalfe. *A Practical Guide to the Charter : Section 11(b)*, Toronto, LexisNexis, 2019.

Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 28^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2021.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Levesque, Hogue et Sansfaçon), 2020 QCCA 666, [2020] AZ-51688190, [2020] J.Q. n° 3213 (QL), 2020 CarswellQue 4460 (WL), qui a confirmé une décision de la juge Roy, 2019 QCCQ 1236, [2019] AZ-51576046, [2019] J.Q. n° 1737 (QL), 2019 CarswellQue 2045 (WL). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

Nicolas Abran et Justin Tremblay, pour l'appelante.

Diego Gramajo, pour l'intimé.

Tracy Kozlowski and Samuel Greene, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Liliane Bantourakis and Lesley A. Ruzicka, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Matthew W. Griener, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Christine Mainville and Andrew Burgess, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Jean-Sébastien St-Amand Guinois, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Walid Hijazi and Julia Blais-Quintal, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ. delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — In *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, this Court delivered a clear message to all participants in the criminal justice system in Canada: everyone must take proactive measures to prevent delay and to uphold the right to be tried within a reasonable time guaranteed to an accused by s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. By creating ceilings beyond which trial delay is presumptively unreasonable, the Court developed a prospective approach that allows the various participants to know, from the outset of the proceedings, the temporal limits within which the trial must take place.

[2] This appeal affords the Court an opportunity to decide whether the *Jordan* framework applies when a motion for a stay of proceedings for unreasonable delay is brought in the course of a retrial. Two questions arise: (1) After a new trial is ordered, can an accused file a s. 11(b) motion for a stay of proceedings based on delay in the accused's first trial? (2) Do the

Tracy Kozlowski et Samuel Greene, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Liliane Bantourakis et Lesley A. Ruzicka, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Matthew W. Griener, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Christine Mainville et Andrew Burgess, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Jean-Sébastien St-Amand Guinois, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Walid Hijazi et Julia Blais-Quintal, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil.

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal a été rendu par

[1] LE JUGE EN CHEF — Dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, notre Cour a livré un message clair à tous les acteurs du système de justice criminelle au Canada : tous doivent prendre des mesures proactives pour éviter les délais et assurer à un accusé le droit à un procès dans un délai raisonnable que lui garantit l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En créant des plafonds au-delà desquels le délai relatif au procès est présumé déraisonnable, la Cour a élaboré une approche prospective qui permet aux différents acteurs de connaître, dès le début de l'instance, les limites temporelles dans lesquelles le procès doit avoir lieu.

[2] Le présent pourvoi est l'occasion pour notre Cour de décider si le cadre d'analyse de l'arrêt *Jordan* s'applique en cas de requête en arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable présentée lors d'un deuxième procès. Deux questions se soulèvent : (1) L'accusé peut-il, après le prononcé d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès, déposer en

presumptive ceilings established in *Jordan* apply to retrial delay?

[3] The first question requires this Court to determine when an accused must indicate that their right to be tried within a reasonable time has not been respected. Given that the *Jordan* framework offers greater predictability and clarity and encourages all parties to act proactively, it follows, in my view, that an accused must raise the unreasonableness of trial delay in a timely manner. As a general rule, in the context of a single trial, an accused who believes that their right to be tried within a reasonable time has been infringed must act diligently and apply for a remedy before their trial is held. However, an accused may in some circumstances be justified in bringing such an application later, as is the case exceptionally on appeal. That being said, when an accused brings an application after an appeal court has ordered a new trial, the accused will no longer be able to raise the delay from their first trial. Only the retrial delay will be counted in calculating delay based on the presumptive ceilings applicable under the *Jordan* framework.

[4] The ceilings set in *Jordan* apply to retrial delay. The framework established in that case protects the right of an accused to be tried within a reasonable time pursuant to s. 11(b), and that provision equally guarantees this right to an accused who is tried a second time. Although it is generally accepted that retrials must be prioritized when scheduling hearings and that they will be shorter than first trials, I do not think it is appropriate to adopt different presumptive ceilings for retrials. The *Jordan* framework is flexible enough to be adapted to the specific circumstances of an accused who is retried.

I. Background

[5] In February 2011, J.F. was charged by indictment with seven counts involving sexual offences

vertu de l'al. 11b) une requête en arrêt des procédures invoquant les délais qui ont marqué son premier procès?
(2) Les plafonds présumés établis dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent-ils aux délais liés au deuxième procès?

[3] La première question oblige notre Cour à dégager le moment où l'accusé doit signaler que son droit d'être jugé dans un délai raisonnable n'est pas respecté. Puisque le cadre établi par l'arrêt *Jordan* offre davantage de prévisibilité et de clarté, et qu'il encourage toutes les parties à adopter des comportements proactifs, je suis d'avis que l'accusé doit de ce fait soulever en temps utile le caractère déraisonnable des délais liés à son procès. En règle générale, dans le contexte d'un seul procès, si l'accusé estime que son droit d'être jugé dans un délai raisonnable est violé, il doit agir avec diligence et demander une réparation avant la tenue de son procès. Toutefois, un accusé peut dans certaines circonstances être justifié de présenter une telle demande ultérieurement, comme c'est le cas exceptionnellement en appel. Cela dit, lorsque l'accusé présente sa demande après qu'une cour d'appel a ordonné un nouveau procès, il ne peut plus invoquer les délais liés à son premier procès. Seuls les délais liés au second procès seront comptabilisés aux fins du calcul des délais selon les plafonds présumés applicables conformément au cadre d'analyse de l'arrêt *Jordan*.

[4] Les plafonds fixés dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent aux délais liés à un nouveau procès. Le cadre établi dans cet arrêt protège le droit d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11b), et cette disposition garantit tout autant ce droit à l'accusé qui subit un deuxième procès. S'il est généralement acquis qu'un deuxième procès devra être priorisé dans l'établissement du calendrier des audiences et sera plus court que le premier, je suis cependant d'avis qu'il n'est pas opportun d'adopter des plafonds présumés différents à l'égard des deuxièmes procès. Le cadre défini dans l'arrêt *Jordan* est suffisamment souple pour s'adapter aux circonstances propres à un accusé qui subit un deuxième procès.

I. Contexte

[5] En février 2011, J.F. est inculpé par voie de mise en accusation de sept chefs d'accusation portant sur des

against his daughter. The charges covered a period from 1986 to 2001.

[6] The preliminary inquiry was completed on March 28, 2012. The trial, whose estimated length was two days, began on December 3, 2013, in the Court of Québec, district of Montréal.

[7] On December 4, 2013, the prosecution announced a *voir dire* on the admissibility into evidence of the complainant's video statement. The trial was then adjourned, and it resumed on October 20, 2014. On October 24, 2014, the *voir dire* ended and the trial judge reserved decision on it. Just over six months later, on May 8, 2015, the judge rendered his decision and found that the complainant's statement was inadmissible.

[8] The trial resumed on January 18, 2016, and ended the same day. Argument was postponed and was then completed on May 16, 2016, at which time judgment was reserved. While judgment was reserved, this Court rendered its decision in *Jordan*. On February 10, 2017, six years after he was charged, J.F. was acquitted on all seven counts.

[9] The Crown appealed the decision and, on June 13, 2018, the Quebec Court of Appeal set aside the acquittal on the ground that the trial judge had analyzed the complainant's credibility by relying erroneously on stereotypes and prejudices (2018 QCCA 986). It therefore ordered a new trial.

[10] On October 15, 2018, the parties agreed on dates for the retrial, which was to last 10 days. The retrial was then scheduled for April 29 to May 31, 2019.

[11] On December 28, 2018, J.F. filed a motion for a stay of proceedings for unreasonable delay under s. 11(b) of the *Charter*. That was the first time he alleged an infringement of his right to be tried within a reasonable time. In January 2019, the trial dates were moved up to March 11 to April 18, 2019. The motion for a stay of proceedings was argued on February 5, 2019.

infractions de nature sexuelle à l'égard de sa fille. Les accusations couvrent une période allant de 1986 à 2001.

[6] L'enquête préliminaire est complétée le 28 mars 2012. Le procès, d'une durée estimée de deux jours, débute le 3 décembre 2013 devant la Cour du Québec, district de Montréal.

[7] Le 4 décembre 2013, la poursuite annonce la tenue d'un voir-dire sur l'admissibilité en preuve de la déclaration vidéo de la plaignante. Le procès est alors ajourné et il reprend le 20 octobre 2014. Le 24 octobre 2014, le voir-dire se termine et le juge du procès met en délibéré sa décision sur le voir-dire. Un peu plus de six mois après, soit le 8 mai 2015, le juge rend sa décision et conclut que la déclaration de la plaignante est inadmissible.

[8] Le procès reprend le 18 janvier 2016 et se termine le même jour. La tenue des plaidoiries est reportée, et celles-ci sont complétées le 16 mai 2016, date à laquelle l'affaire est mise en délibéré. Pendant le délibéré, notre Cour rend l'arrêt *Jordan*. Le 10 février 2017, soit six ans après son inculpation, J.F. est acquitté de l'ensemble des sept chefs d'accusation.

[9] Le ministère public porte la décision en appel et, le 13 juin 2018, la Cour d'appel du Québec casse l'acquittal au motif que le juge de première instance a analysé la crédibilité de la plaignante en se fondant erronément sur des stéréotypes et des préjugés (2018 QCCA 986). Elle ordonne alors la tenue d'un nouveau procès.

[10] Le 15 octobre 2018, les parties conviennent des dates du deuxième procès, dont la durée sera de 10 jours. Il est alors prévu que le procès se déroulera du 29 avril au 31 mai 2019.

[11] Le 28 décembre 2018, J.F. dépose une requête en arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable en vertu de l'al. 11b) de la *Charte*. Il s'agit de la première fois où l'intimé invoque la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. En janvier 2019, on devance les dates prévues pour le procès, lequel doit se tenir du 11 mars au 18 avril 2019, et la requête en arrêt des procédures est débattue le 5 février 2019.

II. Decisions Below

A. *Court of Québec, 2019 QCCQ 1236 (Judge Roy)*

[12] After making a global assessment of the delay for the first trial and the retrial, the trial judge held that the respondent's right to be tried within a reasonable time had been infringed.

[13] She rejected the Crown's argument that the accused's long silence regarding the delay amounted to a waiver of his right to be tried within a reasonable time, because such a waiver must be clear, unequivocal and informed. Noting that there was uncontested evidence showing that the accused was concerned about the delay, the judge found that he had never waived his right to be tried within a reasonable time.

[14] The judge then calculated the delay. She found a gross delay of 72 months and 3 days between the charges and the verdict at the first trial, and she determined that, of that total, 70 months and 25 days were not attributable to the defence.

[15] In the Court of Québec, the Crown did not challenge the calculation or categorization of the first-trial delay. Nor did it argue that there were exceptional circumstances or that the transitional circumstance provided for in *Jordan* applied. In its opinion, only the retrial delay had to be considered, that is, 10 months and 5 days. The judge rejected that argument. Taking a [TRANSLATION] "global and contextual" approach to delay, she found that the first-trial delay could not be disregarded in this case given that it "is clearly unreasonable" (paras. 73 and 75 (CanLII)). Not to consider it would be to deny the accused's rights and would be contrary to the shift in culture sought by this Court. The judge held that the entire delay, including the first-trial delay, had to be counted. She granted the motion based on unreasonable delay and entered a stay of proceedings.

II. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Québec, 2019 QCCQ 1236 (la juge Roy)*

[12] La juge de première instance conclut, après avoir apprécié globalement les délais liés aux premier et deuxième procès, que le droit de l'intimé d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé.

[13] Elle rejette l'argument du ministère public selon lequel le long silence de l'accusé à l'égard des délais équivaut à une renonciation à son droit d'être jugé dans un délai raisonnable, puisqu'une telle renonciation doit être claire, sans équivoque et éclairée. Soulignant que certains éléments de preuve non contestés démontrent que l'accusé se préoccupe des délais, la juge conclut que ce dernier n'a jamais renoncé à son droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

[14] La juge procède ensuite au calcul des délais. Elle retient un délai brut de 72 mois et 3 jours entre l'inculpation et le verdict rendu lors du premier procès, puis détermine que, de ce total, 70 mois et 25 jours ne sont pas imputables à la défense.

[15] Devant la Cour du Québec, le ministère public ne conteste ni le calcul ni la qualification des délais liés au premier procès. Il ne plaide pas non plus l'existence de circonstances exceptionnelles ou l'application de la mesure transitoire prévue par l'arrêt *Jordan*. À son avis, seul le délai propre au deuxième procès doit être considéré, soit celui de 10 mois et 5 jours. La juge rejette cette prétention. Adoptant une approche « globale et contextuelle » à l'égard des délais, elle conclut qu'on ne saurait en l'espèce faire fi des délais liés au premier procès, étant donné qu'ils « s'avèrent nettement déraisonnables » (par. 73 et 75 (CanLII)). Ne pas les considérer constituerait une négation des droits de l'accusé et serait contraire au changement de culture souhaité par notre Cour. La juge décide que tous les délais, incluant ceux liés au premier procès, doivent être comptabilisés. Elle accueille la requête pour cause de délai déraisonnable et ordonne l'arrêt des procédures.

B. *Quebec Court of Appeal, 2020 QCCA 666 (Levesque, Hogue and Sansfaçon JJA.)*

[16] The Crown appealed the trial judge’s decision and argued that, under the *Jordan* framework, first-trial delay cannot be included once an appeal court has ordered a new trial. For the reasons given by Levesque J.A., the Quebec Court of Appeal dismissed the appeal and upheld the stay of proceedings, though it adopted a different approach than the trial judge.

[17] The Court of Appeal stated that the calculation of delay must restart at zero in cases where a new trial is ordered by an appeal court and that therefore the delay in the first trial cannot be added to the delay in the second. However, it refused to accept the Crown’s argument that the fact that a new trial has been ordered prevents an accused from raising a violation of s. 11(b) based on delay in their first trial. In the Court of Appeal’s view, [TRANSLATION] “it would undoubtedly be unfair for an accused to be barred from presenting an initial motion on the sole ground that a violation was not raised in a timely manner” (para. 60 (CanLII)). The Court of Appeal also rejected the Crown’s argument that J.F.’s very long silence could be considered to be a waiver of the delay preceding the order for a new trial, given that the late presentation of a motion cannot in itself amount to a clear and unequivocal waiver. In this regard, the Court of Appeal further noted that although this Court explained in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, that inaction by an accused could lead to an inference that the accused suffered no actual prejudice, this reasoning no longer applies under *Jordan* because prejudice is no longer a factor in calculating delay.

[18] The Court of Appeal added that there cannot be an unqualified refusal to consider first-trial delay. The fact that delay was not raised during the first trial does not mean that it is reasonable. While it is preferable for an accused to raise the unreasonableness of delay

B. *Cour d’appel du Québec, 2020 QCCA 666 (les juges Levesque, Hogue et Sansfaçon)*

[16] Le ministère public interjette appel de la décision de la juge de première instance et plaide qu’il n’est pas possible, suivant le cadre établi dans l’arrêt *Jordan*, d’inclure les délais liés au premier procès après qu’une cour d’appel a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pour les motifs exposés par le juge Levesque, la Cour d’appel du Québec rejette le pourvoi et maintient l’arrêt des procédures, tout en adoptant une approche différente de celle énoncée par la première juge.

[17] La Cour d’appel indique que le calcul des délais doit recommencer à zéro dans les cas où une cour d’appel ordonne la tenue d’un nouveau procès, et qu’en conséquence les délais liés au premier procès ne peuvent être ajoutés à ceux liés au second. Cependant, elle refuse de retenir l’argument du ministère public selon lequel le fait qu’un nouveau procès ait été ordonné empêche un accusé d’invoquer une violation de l’al. 11b) sur la base des délais qui ont marqué le premier procès. Selon la Cour d’appel, « il serait sans doute injuste qu’un accusé se voi[t] opposer une fin de non-recevoir lors de la présentation d’une première requête pour le seul motif qu’il n’a pas invoqué une violation en temps opportun » (par. 60 (CanLII)). Elle rejette du même coup la prétention du ministère public portant que le très long silence de J.F. est assimilable à une renonciation à invoquer les délais antérieurs à l’ordonnance intimant la tenue d’un nouveau procès, étant donné que la présentation tardive d’une requête ne peut, en elle-même, équivaloir à une renonciation claire et non équivoque. À cet égard, la Cour d’appel souligne également que si, selon les enseignements de l’arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, rendu par notre Cour, l’inaction de l’accusé pouvait permettre d’inférer une absence de préjudice réel, un tel raisonnement n’est plus possible suivant *Jordan*, puisque le préjudice n’est plus un facteur retenu pour les besoins du calcul des délais.

[18] La Cour d’appel ajoute qu’on ne peut écarter, sans nuance, toute considération des délais liés au premier procès. Le défaut de les soulever lors de celui-ci ne les rend pas raisonnables pour autant. S’il est préférable pour un accusé d’invoquer le caractère

as soon as possible, an acquittal may be more advantageous than a stay of proceedings. In this regard, however, Levesque J.A. cautioned that his remarks should not be taken to mean that [TRANSLATION] “the late presentation of motions under s. 11(b) should be encouraged” (para. 76).

[19] The Court of Appeal proposed a two-step approach for calculating delay in a context where a new trial is ordered. Because the delays in the two trials must be considered separately, the first step is to assess the first-trial delay under the *Jordan* framework. Only where that delay is reasonable does it become necessary to proceed to the second step and assess the retrial delay, starting from the order for a new trial. However, the Court of Appeal did not discuss the framework that applies in analyzing retrial delay.

[20] Applying the two-step approach it had adopted to this case, the Court of Appeal began by noting that the total delay between the charges and the end of the argument at the first trial was 63 months and 8 days,¹ from which it subtracted 1 day attributable to the defence. Finding that this total delay exceeded the 30-month presumptive ceiling established by this Court in *Jordan*, the Court of Appeal stated that it was up to the Crown to show that the delay was reasonable because of an exceptional circumstance or transitional considerations. Since the Crown had not pleaded any such circumstance, the Court of Appeal held that it had not rebutted the presumption that the delay was unreasonable. The Court of Appeal therefore dismissed the appeal and upheld the stay of proceedings.

¹ The Court of Appeal arrived at a different total delay than the trial judge, because the judge had included the verdict deliberation time in her calculation. But as this Court stated in *R. v. K.G.K.*, 2020 SCC 7, [2020] 1 S.C.R. 364, at paras. 3, 24 and 50, and as the Court of Appeal correctly pointed out, delay attributable to deliberation time is excluded from the *Jordan* framework.

déraisonnable des délais le plus tôt possible, un verdict d’acquittal peut se révéler plus avantageux qu’un arrêt des procédures. À ce propos, le juge Levesque formule toutefois une mise en garde, précisant qu’il ne faut pas retenir de ses propos que « la présentation tardive des requêtes présentables sous l’article 11 b) peut être encouragée » (par. 76).

[19] Pour calculer les délais dans un contexte où un nouveau procès est ordonné, la Cour d’appel propose une approche en deux temps. Comme les délais liés aux deux procès doivent être considérés séparément, il faut dans un premier temps évaluer le délai lié au premier procès selon le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan*. C’est seulement dans les cas où ce délai est raisonnable qu’il faut, dans un deuxième temps, évaluer celui lié au deuxième procès en prenant comme point de départ l’ordonnance intimant la tenue d’un nouveau procès. La Cour d’appel ne se prononce toutefois pas sur le cadre applicable à l’analyse des délais liés au deuxième procès.

[20] En appliquant à la présente affaire l’approche en deux temps qu’elle a adoptée, la Cour d’appel relève d’abord que le délai total entre l’inculpation et la fin des plaidoiries au premier procès était de 63 mois et 8 jours¹, total duquel elle déduit un délai d’un jour imputable à la défense. Constatant que le délai total ainsi obtenu dépasse le plafond présumé de 30 mois établi par notre Cour dans *Jordan*, elle précise qu’il revenait au ministère public de démontrer que ce délai était raisonnable du fait de l’existence d’une circonstance exceptionnelle ou de l’application de la mesure transitoire. Or, comme le ministère public ne plaide aucune circonstance de cette nature, la Cour d’appel conclut que ce dernier n’a pas réussi à réfuter la présomption de déraisonnabilité du délai. La Cour d’appel rejette donc l’appel et maintient l’arrêt des procédures.

¹ La Cour d’appel arrive à un délai total différent de celui de la juge de première instance, car cette dernière a inclus dans son calcul le temps de délibération en vue du verdict. Or, comme la Cour l’indique dans *R. c. K.G.K.*, 2020 CSC 7, [2020] 1 R.C.S. 364, par. 3, 24 et 50, et comme le souligne à juste titre la Cour d’appel, les délais liés au délibéré sont exclus du cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan*.

III. Issues

[21] The appeal raises the following questions:

- (1) After a new trial is ordered, can an accused file a s. 11(b) motion for a stay of proceedings based on delay in the accused's first trial?
- (2) Do the presumptive ceilings established in *Jordan* apply to retrial delay?

IV. Analysis

A. *Section 11(b) of the Charter and the Temporal Scope of the Right to Be Tried Within a Reasonable Time*

- (1) Protection Conferred by Having the Status of a Person Charged With an Offence

[22] Timely justice is one of the characteristics of a free and democratic society, and the conduct of trials within a reasonable time is of central importance in the administration of Canada's criminal justice system (*Jordan*, at paras. 1 and 19). Section 11(b) of the *Charter* reflects the importance of this principle by guaranteeing any person charged with an offence the right "to be tried within a reasonable time". The purpose of this provision is to protect both the rights of accused persons and the interests of society as a whole (*R. v. K.J.M.*, 2019 SCC 55, [2019] 4 S.C.R. 39, at para. 38). At the individual level, trials within a reasonable time are essential to protect the liberty, security and fair trial interests of any person charged with an offence, who, it should be remembered, is presumed to be innocent (*Jordan*, at para. 20; see also *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3, at para. 30, citing *Morin*, at pp. 801-3). At the collective or societal level, timely trials encourage better participation by victims and witnesses, minimize the "worry and frustration [they experience] until they have given their testimony" and allow them to move on with their lives more quickly (*Jordan*, at para. 24, quoting *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at p. 1220; see also *Jordan*, at para. 23). Timely trials also help to maintain public

III. Questions en litige

[21] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

- (1) L'accusé peut-il, après le prononcé d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès, déposer en vertu de l'al. 11b) une requête en arrêt des procédures invoquant les délais qui ont marqué son premier procès?
- (2) Les plafonds présumés établis dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent-ils aux délais liés au deuxième procès?

IV. Analyse

A. *L'alinéa 11b) de la Charte et la portée temporelle du droit d'être jugé dans un délai raisonnable*

- (1) La protection conférée par le statut d'inculpé

[22] Rendre justice en temps utile est l'une des caractéristiques d'une société libre et démocratique, et l'instruction des procès dans un délai raisonnable est d'une importance capitale pour l'administration du système de justice criminelle du Canada (*Jordan*, par. 1 et 19). L'alinéa 11b) de la *Charte* reflète l'importance de ce principe en garantissant à la personne inculpée le droit « d'être jugé[e] dans un délai raisonnable ». Cette disposition a pour objectif de protéger à la fois les droits des personnes accusées et l'intérêt de la société dans son ensemble (*R. c. K.J.M.*, 2019 CSC 55, [2019] 4 R.C.S. 39, par. 38). Sur le plan individuel, l'instruction du procès dans un délai raisonnable est essentielle à la protection des droits à la liberté, à la sécurité et à un procès équitable que possède tout inculpé, lequel, rappelons-le, est présumé innocent (*Jordan*, par. 20; voir aussi *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3, par. 30, citant *Morin*, p. 801-803). Sur le plan collectif ou social, un procès instruit dans un délai raisonnable favorise une meilleure participation des victimes et des témoins, réduit au minimum l'« angoiss[e] et [la] frustration [qu'ils ressentent] jusqu'au témoignage lui-même » et leur permet de tourner la page plus rapidement (*Jordan*, par. 24, citant *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1220; voir aussi *Jordan*, par. 23).

confidence in the administration of justice (*Jordan*, at para. 25; *Askov*, at pp. 1220-21).

[23] Section 11(b) protects an accused only while they have the status of a person charged with an offence (*R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 908). The term “person charged with an offence” has been interpreted broadly by this Court and refers to a person who is the subject of criminal proceedings (*R. v. MacDougall*, [1998] 3 S.C.R. 45, at paras. 11-13). A person is charged with an offence from the time the charge is laid (*R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, at p. 1602; *Potvin*, at p. 910) until the final resolution of the matter and the end of the sentencing process (*MacDougall*, at paras. 10 and 17-18; *R. v. K.G.K.*, 2020 SCC 7, [2020] 1 S.C.R. 364, at paras. 26-27). On appeal, an accused is no longer a person charged with an offence (*Potvin*, at pp. 911-12; *MacDougall*, at para. 17). The accused reverts to this status only if the trial decision is set aside and a new trial is ordered (*Potvin*, at p. 912).

[24] While s. 11(b) protects an accused throughout the period when they have the status of a person charged with an offence, the framework established in *Jordan* has a limited temporal scope. The presumptive ceilings apply only to delay in holding the trial.

(2) Temporal Scope of the *Jordan* Ceilings

[25] Prior to *Jordan*, s. 11(b) applications were decided under the framework established in *Morin*. That framework involved a test with four factors that were to be balanced to determine whether trial delay was unreasonable: “. . . (1) the length of the delay; (2) defence waiver; (3) the reasons for the delay, including the inherent needs of the case, defence delay, Crown delay, institutional delay, and other reasons for delay; and (4) prejudice to the accused’s interests in liberty, security of the person, and a fair trial” (*Jordan*, at para. 30; *Godin*, at para. 18; *Morin*, at pp. 787-88).

L’instruction du procès en temps utile contribue également à maintenir la confiance du public envers l’administration de la justice (*Jordan*, par. 25; *Askov*, p. 1220-1221).

[23] L’alinéa 11b) ne protège l’accusé que lorsqu’il a le statut d’inculpé (*R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, p. 908). Le terme « inculpé » a été interprété largement par notre Cour et s’entend d’une personne qui est l’objet de procédures criminelles (*R. c. MacDougall*, [1998] 3 R.C.S. 45, par. 11-13). Une personne est inculpée à partir du dépôt de l’acte d’accusation (*R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, p. 1602; *Potvin*, p. 910), et ce, jusqu’à ce que l’affaire ait été tranchée définitivement et que la peine ait été déterminée (*MacDougall*, par. 10 et 17-18; *R. c. K.G.K.*, 2020 CSC 7, [2020] 1 R.C.S. 364, par. 26-27). En appel, l’accusé n’est plus inculpé (*Potvin*, p. 911-912; *MacDougall*, par. 17). Il le redevient seulement si la décision de première instance est annulée et qu’un nouveau procès est ordonné (*Potvin*, p. 912).

[24] Si l’al. 11b) protège l’accusé tout au long de la période où il détient le statut d’inculpé, le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan* a toutefois une portée temporelle limitée. En effet, les plafonds présumés ne visent que les délais liés à la tenue du procès.

(2) La portée temporelle des plafonds fixés dans l’arrêt *Jordan*

[25] Avant l’arrêt *Jordan*, le cadre analytique établi dans l’arrêt *Morin* régissait les demandes fondées sur l’al. 11b). Ce dernier prévoyait une analyse comportant quatre facteurs qui devaient être soupesés afin de déterminer si le délai lié à la tenue du procès était déraisonnable : “. . . (1) la longueur du délai; (2) la renonciation de la défense à invoquer une portion du délai; (3) les motifs du délai, y compris les besoins inhérents au dossier, le délai imputable à la défense, celui attribuable au ministère public, le délai institutionnel et les autres motifs du délai; (4) l’atteinte aux droits de l’inculpé à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable » (*Jordan*, par. 30; *Godin*, par. 18; *Morin*, p. 787-788).

[26] In an effort to end the culture of complacency that had developed in the criminal justice system, which tolerated excessive delay in bringing accused persons to trial, this Court established a new framework in *Jordan* for the application of s. 11(b). The Court set two ceilings beyond which delay is presumptively unreasonable: (1) a ceiling of 18 months for simple cases going to trial in the provincial court, and (2) a ceiling of 30 months for cases going to trial in the superior court or in the provincial court after a preliminary inquiry (para. 46). Delay attributable to the defence is subtracted from the total delay (paras. 47 and 60). If the net total delay exceeds the applicable ceiling, it is presumptively unreasonable. The Crown can then attempt to show that the delay is reasonable by raising exceptional circumstances (para. 47). If the net total delay is below the ceiling, the defence can try to establish that the delay is unreasonable by showing that “(1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have” (para. 48 (emphasis in original)).

[27] The presumptive ceilings set in *Jordan* do not apply to the entire period when an accused is a person charged with an offence. The framework established in that case is limited in scope, since it provides a solution to a specific problem. *Jordan* deals with the culture of complacency that allows for excessive delay in bringing an accused to trial (*K.G.K.*, at para. 34, citing *Jordan*, at paras. 2, 4, 13, 117, 121 and 129). The new framework applies to the delay from the charge to the actual or anticipated end of trial, that is, “when the parties’ involvement in the merits of the trial is complete, and the case is turned over to the trier of fact” (*K.G.K.*, at para. 31; see also para. 33; *Jordan*, at para. 47; *R. v. Rice*, 2018 QCCA 198, at para. 41 (CanLII)). Deliberation time is excluded from this framework (*K.G.K.*, at para. 50). Sentencing proceedings are also excluded from the framework. Although the Court recognized in *Jordan* that s. 11(b) continues to apply between conviction and sentencing, it made no comment on how such delay should be treated (para. 49, fn. 2).

[26] Cherchant à mettre à fin à la culture de complaisance qui s’était développée au sein du système de justice criminelle, lequel tolérait des délais excessifs pour traduire un accusé en justice, la Cour a établi dans l’arrêt *Jordan* un nouveau cadre d’analyse pour l’application de l’al. 11b). Notre Cour a fixé deux plafonds au-delà desquels le délai est présumé déraisonnable : (1) un plafond de 18 mois pour les affaires simples instruites devant une cour provinciale et (2) un plafond de 30 mois pour les affaires instruites devant une cour supérieure ou devant une cour provinciale après la tenue d’une enquête préliminaire (par. 46). Du total des délais sont soustraits ceux imputables à la défense (par. 47 et 60). Lorsque le délai total net est supérieur au plafond applicable, il est présumé déraisonnable. Le ministère public peut alors tenter de démontrer que les délais sont raisonnables en soulevant des circonstances exceptionnelles (par. 47). Lorsque le délai total net est inférieur au plafond, la défense peut, de son côté, tenter d’établir que les délais sont déraisonnables en démontrant « (1) qu’elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance, et (2) que le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être » (par. 48 (en italique dans l’original)).

[27] Les plafonds présumés fixés dans *Jordan* ne portent pas sur l’ensemble de la période où l’accusé est inculpé. Le cadre formulé dans cet arrêt a une portée limitée, puisqu’il offre une solution à un problème déterminé. En effet, l’arrêt *Jordan* s’attaque à la culture de complaisance qui permet que s’accumulent des délais excessifs pour traduire l’accusé en justice (*K.G.K.*, par. 34, citant *Jordan*, par. 2, 4, 13, 117, 121 et 129). Ce nouveau cadre d’analyse s’applique aux délais écoulés entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès, soit « lorsque la participation des parties quant au fond du procès est terminée, et que l’affaire est remise au juge des faits » (*K.G.K.*, par. 31; voir aussi par. 33; *Jordan*, par. 47; *R. c. Rice*, 2018 QCCA 198, 44 C.R. (7th) 83, par. 41). Le temps consacré au délibéré est exclu de ce cadre (*K.G.K.*, par. 50). Les procédures de détermination de la peine sont également exclues du cadre d’analyse. Si la Cour reconnaît dans *Jordan* que l’al. 11b) continue de s’appliquer entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine, elle ne se prononce pas sur la façon de considérer ces délais (par. 49, note 2).

[28] *Jordan* also does not address the question of when an accused must bring a motion for a stay of proceedings. In this regard, it should be noted that the Court declined to decide how the presumptive ceilings should be applied where, for example, a s. 11(b) application is brought following a conviction (para. 49, fn. 2). Nor does *Jordan* set out the framework that applies in cases where a new trial is ordered.

[29] To determine whether first-trial delay may be raised under the *Jordan* framework after a new trial has been ordered, it is necessary to consider, first, the duty of an accused to act proactively with respect to delay and, second, the timing of an application based on unreasonable delay and the possibility of obtaining a remedy for the delay complained of.

B. *After a New Trial Is Ordered, Can an Accused File a Section 11(b) Motion for a Stay of Proceedings Based on Delay in the Accused's First Trial?*

(1) *Jordan and the Duty of an Accused to Raise an Infringement of Their Right to Be Tried Within a Reasonable Time in a Timely Manner*

[30] While *Jordan* does not indicate the point in time when an accused must bring a s. 11(b) motion, the Court has nonetheless been clear about how it wishes all participants in the criminal justice system to act: at all stages of the trial process, everyone must take proactive measures to remedy any delay and to ensure that the accused is tried in a timely manner (*Jordan*, at paras. 137-39; *R. v. Thanabalasingham*, 2020 SCC 18, [2020] 2 S.C.R. 413, at para. 9).

[31] The new framework marks a shift away from a retrospective approach and adopts a prospective standpoint that allows the various participants to know the bounds of reasonableness from the outset of the proceedings (*Jordan*, at para. 108; *K.G.K.*, at para. 43).

[28] L'arrêt *Jordan* ne s'attache pas non plus au moment où l'accusé doit présenter sa requête en arrêt des procédures. À cet égard, il convient de souligner que la Cour a refusé de répondre à la question de savoir comment doivent être appliqués les plafonds présumés lorsque, par exemple, une demande fondée sur l'al. 11b) est présentée après le verdict de culpabilité (par. 49, note 2). L'arrêt *Jordan* ne précise pas non plus le cadre applicable dans les cas où un nouveau procès est ordonné.

[29] Pour décider si les délais liés au premier procès peuvent être invoqués dans le cadre d'analyse établi par l'arrêt *Jordan* après qu'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès a été prononcée, il est nécessaire de se pencher, d'une part, sur le devoir de l'accusé d'agir de façon proactive à l'égard des délais et, d'autre part, sur le moment où il présente sa demande pour délais déraisonnables et la possibilité d'obtenir réparation pour les délais qu'il dénonce.

B. *L'accusé peut-il, après le prononcé d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès, déposer en vertu de l'al. 11b) une requête en arrêt des procédures invoquant les délais qui ont marqué son premier procès?*

(1) *L'arrêt Jordan et le devoir de l'accusé de soulever en temps utile la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable*

[30] Si l'arrêt *Jordan* n'indique pas à quel moment l'accusé doit présenter une requête en vertu de l'al. 11b), les enseignements de la Cour sont toutefois clairs en ce qui concerne le comportement qu'elle souhaite voir adopter par tous les participants du système de justice criminelle : chacun doit prendre des mesures proactives pour remédier aux délais et pour s'assurer que l'accusé est jugé en temps utile, et ce, à toutes les étapes du procès (*Jordan*, par. 137-139; *R. c. Thanabalasingham*, 2020 CSC 18, [2020] 2 R.C.S. 413, par. 9).

[31] Le nouveau cadre d'analyse abandonne l'approche rétrospective et adopte un point de vue prospectif qui permet aux différents participants de connaître dès le début de l'instance les limites du délai raisonnable (*Jordan*, par. 108; *K.G.K.*, par. 43). La

The predictability of the new framework makes the parties more accountable and encourages them to be proactive about delay (*Jordan*, at para. 112; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, at para. 36). In the case of the Crown, the prospective approach clarifies the content of its constitutional obligation to bring the accused to trial within a reasonable time (*Jordan*, at para. 112). As for the accused, the predictability provided by the new framework requires that they be an active part of the solution to the problem of delay in criminal cases (*Jordan*, at paras. 84-86 and 113).

[32] As this Court wrote in *Morin*, “[t]he purpose of s. 11(b) is to expedite trials and minimize prejudice and not to avoid trials on the merits” (p. 802). This section was not intended to make it possible for an accused to frustrate the ends of justice (*Jordan*, at paras. 21, 60 and 63). As the Court also recently noted, an accused may not benefit from the lengthening of delay where it is caused by the accused’s own conduct (*R. v. Boulanger*, 2022 SCC 2, [2022] 1 S.C.R. 9, at para. 6; *R. v. Ste-Marie*, 2022 SCC 3, [2022] 1 S.C.R. 14, at para. 11).

[33] Defence conduct is considered under the *Jordan* framework, since the delay attributable to the defence is subtracted from the gross total delay (para. 60). Defence delay has two components: (1) delay waived by the defence, and (2) delay caused solely or directly by the defence (*Jordan*, at paras. 61 and 63; *Cody*, at para. 26). Inaction may amount to illegitimate conduct on the part of the defence, because “[i]llegitimacy may extend to omissions as well as acts” (*Cody*, at para. 33). As this Court said in *Cody*, the defence may not benefit from its own inaction or lateness in taking action; it must act proactively:

Accused persons must bear in mind that a corollary of the s. 11(b) right “to be tried within a reasonable time” is the responsibility to avoid causing unreasonable delay. Defence counsel are therefore expected to “actively advoc[e] their clients’ right to a trial within a reasonable time, collaborat[e] with Crown counsel when appropriate and . . . us[e] court time efficiently” (*Jordan*, at para. 138). [para. 33]

prévisibilité du nouveau cadre responsabilise les parties et les encourage à adopter des mesures proactives à l’égard des délais (*Jordan*, par. 112; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 36). Pour ce qui est du ministère public, l’approche prospective clarifie l’obligation que lui fait la Constitution de traduire l’accusé en justice dans un délai raisonnable (*Jordan*, par. 112). Pour ce qui est de l’accusé, la prévisibilité qu’apporte le nouveau cadre exige de lui qu’il prenne activement part à la résolution du problème des délais en matière criminelle (*Jordan*, par. 84-86 et 113).

[32] Comme l’écrivait notre Cour dans l’arrêt *Morin*, « [l]’alinéa 11b) a pour but d’accélérer les procès et de réduire les préjudices et non pas d’éviter qu’une personne subisse son procès sur le fond » (p. 802). Cet alinéa n’a pas été conçu pour permettre à l’accusé de faire échec aux fins de la justice (*Jordan*, par. 21, 60 et 63). Comme la Cour l’a d’ailleurs rappelé récemment, l’inculpé ne peut profiter d’un allongement des délais qu’il a causé par sa propre conduite (*R. c. Boulanger*, 2022 CSC 2, [2022] 1 R.C.S. 9, par. 6; *R. c. Ste-Marie*, 2022 CSC 3, [2022] 1 R.C.S. 14, par. 11).

[33] La conduite de la défense est prise en compte dans le cadre établi par l’arrêt *Jordan*, puisque les délais qui lui sont imputables sont soustraits du délai total brut (par. 60). Le délai imputable à la défense comprend deux volets : (1) le délai auquel la défense a renoncé et (2) le délai qui est causé uniquement ou directement par la défense (*Jordan*, par. 61 et 63; *Cody*, par. 26). L’inaction peut constituer une conduite illégitime de la part de la défense, étant donné que « [l]’illégitimité peut s’étendre tant aux omissions qu’aux actions » (*Cody*, par. 33). Comme le dit notre Cour dans l’arrêt *Cody*, la défense ne saurait tirer avantage de sa propre inaction ou tardiveté à agir; elle doit agir de façon proactive :

Les accusés doivent garder à l’esprit que le « droit d’être jugé dans un délai raisonnable » garanti par l’al. 11b) a pour corollaire la responsabilité d’éviter de causer un délai déraisonnable. L’avocat de la défense est donc censé « faire valoir activement les droits de son client à un procès tenu dans un délai raisonnable, collaborer avec l’avocat du ministère public lorsque cela sera indiqué et [. . .] utiliser de façon efficace le temps du tribunal » (*Jordan*, par. 138). [par. 33]

[34] An accused who sees delay lengthening must therefore respond in a proactive manner. Being proactive may mean filing a s. 11(b) motion where the accused believes that their right to be tried within a reasonable time is not being or will not be respected (*Jordan*, at para. 85). Like any other application made by an accused, a motion of this kind must be brought “reasonably and expeditiously” (para. 85). Lateness in raising delay is contrary to the proper administration of justice, because such a practice serves to waste judicial resources. Indeed, the *Jordan* framework is specifically designed to eliminate inefficient practices that impact on the justice system (paras. 41 and 116). Bringing a s. 11(b) motion before the end of the trial allows the accused to alert the Crown and the court to their concerns about delay. As a result, all parties can take proactive measures and cooperate to expedite the proceedings.

[35] It is generally recognized that an accused who raises the unreasonableness of delay after trial (*R. v. Rabba* (1991), 64 C.C.C. (3d) 445 (Ont. C.A.)), and particularly after conviction (*R. v. Warring*, 2017 ABCA 128, 347 C.C.C. (3d) 391, at para. 11; *R. v. C.D.*, 2014 ABCA 392, 588 A.R. 82), is not acting in a timely manner. In *K.G.K.*, Moldaver J. interpreted the prospective approach adopted in *Jordan* as “encourag[ing] pre-trial s. 11(b) applications” (para. 43 (emphasis added)). The defence is in fact encouraged to act before the start of the trial, since the *Jordan* framework allows “the parties to know ‘*in advance*, the bounds of reasonableness so proactive measures can be taken to remedy any delay’” (*K.G.K.*, at para. 43, quoting *Jordan*, at para. 108 (emphasis in original)).

[36] In short, a duty to act proactively also rests on the accused. As a result, the accused must indicate that their right to be tried within a reasonable time has not been respected and, where the circumstances require, bring a motion for a stay of proceedings in a timely manner. As a general rule, this means before the trial is held. By the time the trial dates are set, the

[34] L’accusé qui constate l’allongement des délais doit donc prendre des mesures proactives à cet effet. Agir de façon proactive peut vouloir dire déposer une requête fondée sur l’al. 11b) lorsqu’il considère que son droit d’être jugé dans un délai raisonnable n’est pas respecté ou ne le sera pas (*Jordan*, par. 85). Comme toute autre demande formulée par l’accusé, une requête de ce genre doit être présentée de manière « raisonnable et expéditive » (par. 85). Soulever tardivement les délais est contraire à la saine administration de la justice, car une telle pratique favorise le gaspillage de ressources judiciaires. Le cadre de l’arrêt *Jordan* vise d’ailleurs précisément à éliminer les pratiques inefficaces qui impactent le système judiciaire (par. 41 et 116). La présentation d’une requête fondée sur l’al. 11b) avant la conclusion du procès permet à l’accusé d’alerter le ministère public ainsi que le tribunal de ses préoccupations concernant les délais. De cette façon, toutes les parties peuvent prendre des mesures proactives et coopérer pour accélérer le déroulement de l’instance.

[35] Il est généralement reconnu qu’un accusé qui soulève le caractère déraisonnable des délais après la tenue du procès (*R. c. Rabba* (1991), 64 C.C.C. (3d) 445 (C.A. Ont.)), et particulièrement après la déclaration de culpabilité (*R. c. Warring*, 2017 ABCA 128, 347 C.C.C. (3d) 391, par. 11; *R. c. C.D.*, 2014 ABCA 392, 588 A.R. 82), n’agit pas en temps utile. Dans *K.G.K.*, le juge Moldaver a interprété l’approche prospective adoptée dans l’arrêt *Jordan* comme ayant pour effet d’« encourag[r] la présentation de demandes fondées sur l’al. 11b) préalables au procès » (par. 43 (je souligne)). La défense est en effet encouragée à agir avant le début du procès, parce que le cadre établi dans l’arrêt *Jordan* permet « aux parties de connaître “à l’avance, les limites du délai raisonnable et [de] prendre des mesures proactives pour remédier aux délais” » (*K.G.K.*, par. 43, citant *Jordan*, par. 108 (en italique dans l’original)).

[36] En somme, le devoir d’agir de façon proactive incombe également à l’accusé. En conséquence, ce dernier doit signaler que son droit d’être jugé dans un délai raisonnable n’est pas respecté et, lorsque les circonstances l’imposent, présenter une requête en arrêt des procédures en temps utile. En règle générale, cela signifie avant la tenue du procès. Au

parties are generally in a position to know whether the trial delay will exceed the applicable presumptive ceiling, and the defence can raise any concerns it may have. However, it is not out of the question that, exceptionally, an infringement of the s. 11(b) right will reveal itself only once the trial has begun. In such a case, the accused must also act proactively.

(2) A Section 11(b) Application Can Be Brought on Appeal Only Exceptionally

[37] If a s. 11(b) motion is considered late when filed after the end of a trial, only exceptionally will an accused be able to raise this issue for the first time on appeal.

[38] Raising new arguments on appeal is generally discouraged in criminal matters, because the best interests of justice require finality in the adjudication of such matters at trial, as L'Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this point, explained in *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918:

Both the Crown and the defence would face uncertainty, as counsel for both sides, having discovered that the strategy adopted at trial did not result in the desired or expected verdict, devised new approaches. Costs would escalate and the resolution of criminal matters could be spread out over years in the most routine cases. Moreover, society's expectation that criminal matters will be disposed of fairly and fully at the first instance and its respect for the administration of justice would be undermined. Juries would rightfully be uncertain if they were fulfilling an important societal function or merely wasting their time. For these reasons, courts have always adhered closely to the rule that such tactics will not be permitted. [pp. 923-24]

[39] A motion for a stay of proceedings brought for the first time on appeal, without the trial judge having had an opportunity to consider its merits, should normally be dismissed (*Rabba*; *R. v. G. (L.)*, 2007 ONCA 654, 228 C.C.C. (3d) 194, at paras. 42-43; *Phillips*

moment où les dates du procès sont fixées, les parties seront généralement en mesure de savoir si les délais du procès excéderont le plafond présumé applicable et la défense pourra, s'il y a lieu, faire état de ses préoccupations. Il n'est toutefois pas exclu que, de façon exceptionnelle, la violation du droit prévu à l'al. 11b) ne se manifeste qu'une fois le procès amorcé. Dans un tel cas, l'accusé devra également agir de façon proactive.

(2) Une demande fondée sur l'al. 11b) ne peut être présentée qu'exceptionnellement en appel

[37] Si une requête fondée sur l'al. 11b) est considérée comme tardive lorsqu'elle est présentée après la conclusion du procès, ce n'est qu'exceptionnellement que l'accusé peut soulever cette question pour la première fois en appel.

[38] Soulever de nouveaux moyens en appel est généralement découragé dans les affaires criminelles, car l'intérêt supérieur de la justice commande que ces affaires soient tranchées de façon définitive en première instance, comme l'a expliqué le juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs dissidents, mais non sur ce point, dans *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918 :

Le ministère public et la défense seraient plongés dans l'incertitude si les avocats des deux parties, ayant découvert que la stratégie adoptée au procès n'a pas entraîné le verdict souhaité ou escompté, concevaient de nouvelles façons de procéder. Les coûts augmenteraient et le règlement des affaires criminelles pourrait prendre plusieurs années dans les cas les plus courants. De plus, cela aurait pour effet de miner l'attente qu'a la société à ce que les affaires criminelles se règlent équitablement et complètement en première instance, ainsi que le respect qu'elle a pour l'administration de la justice. Les jurés auraient raison de ne pas être certains d'avoir rempli une fonction sociale importante ou d'avoir simplement perdu leur temps. Pour ces raisons, les tribunaux ont toujours observé scrupuleusement la règle interdisant le recours à ces tactiques. [p. 923-924]

[39] Une requête en arrêt des procédures présentée pour la première fois en appel, sans que le juge de première instance ait eu l'occasion de se prononcer sur son bien-fondé, doit généralement être rejetée (*Rabba*; *R. c. G. (L.)*, 2007 ONCA 654, 228 C.C.C.

v. R., 2017 QCCA 1284, at paras. 29-31 (CanLII)). The trial court is best placed to rule on such a motion, because it is the one that has a complete picture of the proceedings. Indeed, this Court noted in *Jordan* that trial judges are uniquely positioned to categorize various periods of delay (paras. 71 and 79).

[40] Generally speaking, appeal courts are reluctant to entertain new arguments, because they are deprived of the trial court's perspective (*R. v. Roach*, 2009 ONCA 156, 246 O.A.C. 96, at para. 6; *Ontario (Labour) v. Cobra Float Service Inc.*, 2020 ONCA 527, 65 C.C.E.L. (4th) 169, at para. 19). This is also the case for constitutional issues (*Roach*, at para. 6; *R. v. Chambers*, 2013 ONCA 680, 311 O.A.C. 307, at para. 45). Only in exceptional circumstances will a party be permitted to raise a new argument on appeal (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at paras. 20-23; *Phillips*, at para. 14).

[41] Where an argument is raised for the first time on appeal, the appeal court must determine whether the situation is an exceptional one in which the exercise of its discretion is warranted, having regard to all of the circumstances. For this purpose, the court must consider, among other things, “the state of the record, fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this [c]ourt, its suitability for decision and the broader interests of the administration of justice” (*Guindon*, at para. 20). What is meant by “state of the record” is that there must be sufficient evidence in the record for the court to decide the issue (see *Phillips*, at para. 19; *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.), at para. 36). In every case, an appeal court's “discretion to hear and decide new issues should only be exercised exceptionally and never unless the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties” (*Guindon*, at para. 23; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at para. 33; *Phillips*, at para. 14; *Ontario (Labour)*, at para. 20; *G. (L.)*, at para. 43).

(3d) 194, par. 42-43; *Phillips c. R.*, 2017 QCCA 1284, par. 29-31 (CanLII)). Le tribunal de première instance est le mieux placé pour statuer sur une telle requête, puisque c'est lui qui dispose d'un tableau complet de l'instance. Dans l'arrêt *Jordan*, la Cour rappelle d'ailleurs que les juges de première instance sont particulièrement bien placés pour qualifier les différents délais survenus (par. 71 et 79).

[40] Les cours d'appel sont généralement réticentes à entendre des nouveaux moyens, parce qu'elles sont privées de l'éclairage du tribunal de première instance (*R. c. Roach*, 2009 ONCA 156, 246 O.A.C. 96, par. 6; *Ontario (Labour) c. Cobra Float Service Inc.*, 2020 ONCA 527, 65 C.C.E.L. (4th) 169, par. 19). Cela vaut également pour les questions de nature constitutionnelle (*Roach*, par. 6; *R. c. Chambers*, 2013 ONCA 680, 311 O.A.C. 307, par. 45). Ce n'est qu'en présence de circonstances exceptionnelles qu'une partie peut être autorisée à présenter un nouveau moyen en appel (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 20-23; *Phillips*, par. 14).

[41] Lorsqu'un moyen est présenté pour la première fois en appel, le tribunal d'appel doit déterminer s'il s'agit d'une situation exceptionnelle qui, au vu de l'ensemble des circonstances, justifie l'utilisation de son pouvoir discrétionnaire. Pour ce faire, il doit notamment considérer « la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue par [le tribunal], le fait que l'affaire se prête ou non à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général » (*Guindon*, par. 20). Par « teneur du dossier », on entend la présence au dossier d'une preuve suffisante pour permettre au tribunal de trancher la question (voir *Phillips*, par. 19; *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), par. 36). Dans tous les cas, une cour d'appel « ne doit exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'examiner puis de trancher une question nouvelle qu'à titre exceptionnel et jamais sans que le plaideur ne démontre que les parties n'en subiront pas un préjudice » (*Guindon*, par. 23; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 33; *Phillips*, par. 14; *Ontario (Labour)*, par. 20; *G. (L.)*, par. 43).

[42] It is therefore only exceptionally that an infringement of the right to be tried within a reasonable time can be raised by an accused for the first time on appeal. The outcome of an unreasonable delay application brought following an order for a new trial must now be considered.

(3) An Accused's Silence or Inaction Does Not in Itself Amount to a Waiver of Delay

[43] The Crown argues that where an accused raises first-trial delay in the course of a retrial, the accused's failure to allege an infringement of their right to be tried within a reasonable time during their first trial or on appeal can be raised against them. In support of this argument, the Crown suggests that a court can regard an accused's long silence or lengthy inaction as [TRANSLATION] "amount[ing] to a clear and unequivocal waiver or an acceptance of the delay associated with a past trial" (A.F., at para. 24; see also para. 42).

[44] I must reject that proposition. Although the time at which an accused raises the unreasonableness of trial delay may affect the outcome of their motion, waiver of the delay cannot be inferred solely from the accused's silence or failure to act. This is what the Court's jurisprudence teaches, and, in my view, it would be inappropriate to depart from it. In addition to being wrong in law, this proposition by the Crown is a needless one, because this Court has clearly established how an accused's inaction or lateness in taking action must be assessed.

[45] This Court has repeatedly stated that the requirements for finding a waiver of a constitutional right must be strictly construed but that this does not preclude an accused from waiving a procedural right (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 203; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at pp. 48-49). An accused may waive a procedural rule as long as this is done "with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and

[42] C'est donc seulement à titre exceptionnel que l'accusé peut soulever pour la première fois en appel la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Il faut maintenant se pencher sur le sort d'une demande pour cause de délais déraisonnables présentée après le prononcé d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès.

(3) Le silence ou l'inaction de l'accusé n'équivaut pas en soi à une renonciation à contester les délais

[43] Le ministère public prétend que, dans les cas où l'accusé soulève les délais liés à son premier procès à l'occasion du second, son défaut d'invoquer la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable lors du premier procès ou pendant l'appel peut alors lui être opposé. Au soutien de cette prétention, le ministère public propose que le long silence ou la longue inaction de l'accusé puisse être considéré par le tribunal comme « équiva[lant] à une renonciation claire et non-équivoque ou à une acceptation des délais associés à un procès passé » (m.a., par. 24; voir aussi par. 42).

[44] Je dois rejeter cette proposition. Si le moment auquel l'accusé soulève le caractère déraisonnable des délais liés à un procès peut avoir un impact sur le sort de sa requête, le silence ou le défaut d'agir de l'accusé ne saurait, à lui seul, permettre d'inférer qu'il y a eu renonciation à contester les délais. C'est ce que la jurisprudence de la Cour enseigne, et il serait à mon avis inapproprié de s'en écarter. En plus d'être erronée en droit, cette proposition du ministère public est inutile, car notre Cour a clairement établi comment l'inaction ou la tardiveté à agir de l'accusé doit être évaluée.

[45] La Cour a maintes fois rappelé que les conditions applicables pour conclure à la renonciation à un droit constitutionnel doivent être interprétées de manière restrictive, mais que cela n'empêche pas un accusé de renoncer à un droit procédural (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 203; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, p. 48-49). Un accusé peut renoncer à une règle procédurale tant qu'il le fait « en pleine connaissance des droits

the effect that waiver will have on those rights” (*R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at pp. 996-97).

[46] Section 11(b) of the *Charter* states that any person charged with an offence has the right to be tried within a reasonable time. Such a person may waive a given delay, which will then be subtracted from the total delay (*Jordan*, at para. 61). It is important to note that, where “waiver” concerns the right set out in s. 11(b) of the *Charter*, “it is not the right itself which is being waived but merely the inclusion of specific periods in the overall assessment of reasonableness” (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1686, quoted in *Jordan*, at para. 61).

[47] Waiver “can be explicit or implicit, but in either case, it must be clear and unequivocal” (*Jordan*, at para. 61; see also *Morin*, at p. 790; *Askov*, at p. 1228). In this sense, as the Court stated in *Askov*, an accused’s mere silence or inaction cannot indicate a waiver of delay:

The failure of an accused to assert the right does not give the Crown licence to proceed with an unfair trial. Failure to assert the right would be insufficient in itself to impugn the motives of the accused as might be the case with regard to other s. 11 rights. Rather there must be something in the conduct of the accused that is sufficient to give rise to an inference that the accused has understood that he or she had a s. 11(b) guarantee, understood its nature and has waived the right provided by that guarantee. Although no particular magical incantation of words is required to waive a right, nevertheless the waiver must be expressed in some manner. Silence or lack of objection cannot constitute a lawful waiver. [Emphasis added; pp. 1228-29.]

(See also *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 929.)

[48] Waiver must be proved by the prosecution (*Askov*, at p. 1229). For a court to find that delay has been waived, the accused must therefore take “some direct action from which a consent to delay can be properly inferred” (*Askov*, at p. 1229). The “mere silence of the accused is not sufficient to indicate a waiver of a *Charter* right” (*Askov*, at p. 1229; see

que [cette] procédure vise à protéger et de l’effet de la renonciation sur ces droits » (*R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, p. 997).

[46] L’alinéa 11b) de la *Charte* précise que tout inculpé a le droit d’être jugé dans un délai raisonnable. Celui-ci peut renoncer à invoquer un délai donné et, lorsqu’il le fait, ce délai est soustrait du délai total (*Jordan*, par. 61). Il importe de préciser qu’une « renonciation » qui touche au droit prévu à l’al. 11b) de la *Charte* « ne vise pas le droit lui-même, mais simplement l’inclusion de certaines périodes dans l’appréciation générale du caractère raisonnable » (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1686, cité dans *Jordan*, par. 61).

[47] La renonciation « peut être explicite ou implicite, mais elle doit être claire et sans équivoque dans les deux cas » (*Jordan*, par. 61; voir aussi *Morin*, p. 790; *Askov*, p. 1228). En ce sens, comme la Cour l’a indiqué dans l’arrêt *Askov*, le simple silence de l’accusé ou l’inaction de celui-ci ne peut emporter renonciation à un délai :

L’omission de l’accusé de revendiquer son droit n’autorise pas le ministère public à lui imposer un procès inéquitable. L’omission de l’accusé de faire valoir son droit ne suffit pas, à elle seule, à mettre en doute ses intentions comme elle peut le faire relativement à d’autres droits garantis par l’art. 11. Il faut plutôt, dans la conduite de l’accusé, quelque chose qui permette de conclure qu’il a compris que l’al. 11b) lui garantissait un droit, qu’il a compris la nature de ce droit et qu’il a renoncé au droit ainsi garanti. Bien qu’il n’y ait pas de formule rituelle pour renoncer à un droit, il faut que la renonciation soit exprimée d’une façon ou d’une autre. Le silence de l’accusé ou l’absence d’opposition de sa part ne saurait constituer une renonciation valide. [Je souligne; p. 1228-1229.]

(Voir aussi *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 929.)

[48] La preuve d’une renonciation incombe à la poursuite (*Askov*, p. 1229). Il faut donc « un acte exprès dont on peut déduire l’acquiescement au délai » de la part de l’accusé pour que le tribunal puisse conclure qu’il y a eu renonciation (*Askov*, p. 1229). Le « simple silence de l’accusé ne suffit pas à faire conclure à sa renonciation à un droit garanti par la

also *Mills*, at p. 929). To be inferable, implicit waiver “requires advertence to the act of release rather than mere inadvertence. If the mind of the accused or his or her counsel is not turned to the issue of waiver and is not aware of what his or her conduct signifies, then this conduct does not constitute waiver” (*Morin*, at p. 790).

[49] Lateness in bringing a s. 11(b) motion for a stay of proceedings nonetheless remains an important factor in determining whether an accused has waived delay. In *Rabba*, Arbour J.A., as she then was, noted that the fact that such a motion is brought after trial “would, in most cases, be fatal” and “would normally amount to a waiver of any claim which may arise under s. 11(b) of the Charter” (p. 447). While lateness in bringing a motion for a stay of proceedings may be a relevant factor, it cannot in itself establish waiver. This is how Arbour J.A.’s comments in *Rabba* must be interpreted. Waiver is established on the basis of an accused’s conduct (*Askov*, at p. 1228), having regard to the circumstances of each case (see, e.g., *Warring*, at paras. 11-13 and 27).

[50] I note as well that the Crown’s general proposition is not easily incorporated into the new framework established by *Jordan*, under which prejudice to the accused is no longer considered as an analytical factor, as it was under the *Morin* framework. The Crown’s proposition is at odds with the new framework, in that it resurrects the uncertainty and complexity of the prejudice inquiry. Under the *Morin* framework, it could be inferred that long delays had prejudiced an accused even where there was no direct evidence of prejudice (p. 801; *Godin*, at para. 31). Conversely, the Crown could raise the accused’s inaction to show that such conduct was inconsistent with a desire for a timely trial (*Morin*, at pp. 790 and 802-3). However, establishing prejudice was a complicated and uncertain process, as the absence of a consistent standard made the application of the former framework “highly unpredictable” and the treatment of prejudice “highly subjective” (*Jordan*, at paras. 32-33). The

Charte » (*Askov*, p. 1229; voir aussi *Mills*, p. 929). Pour inférer l’existence d’une renonciation implicite, « il doit y avoir un acte précis et non seulement un manque d’attention. Si l’accusé ou son avocat ne pense pas expressément à la renonciation et qu’il n’est pas au courant de ce que signifie sa conduite, alors cette conduite ne constitue pas une renonciation » (*Morin*, p. 790).

[49] La présentation tardive d’une requête en arrêt des procédures fondée sur l’al. 11b) demeure néanmoins un facteur important pour décider si l’accusé a renoncé à invoquer les délais. Dans *Rabba*, la juge Arbour, plus tard juge de notre Cour, a souligné que le fait qu’une telle requête soit présentée après la tenue du procès [TRADUCTION] « serait, dans la plupart des cas, fatal » et « équivaldrait normalement à une renonciation à faire valoir tout moyen susceptible de reposer sur l’al. 11b) de la Charte » (p. 447). Bien que le caractère tardif de la présentation d’une requête en arrêt des procédures puisse constituer un facteur pertinent, il ne permet pas à lui seul d’établir qu’il y a eu renonciation. C’est ainsi que doivent être interprétés les propos de la juge Arbour dans *Rabba*. L’existence d’une renonciation est établie au regard de la conduite de l’accusé (*Askov*, p. 1228), suivant les circonstances propres à chaque affaire (voir, p. ex., *Warring*, par. 11-13 et 27).

[50] Je note également que la proposition générale du ministère public s’intègre difficilement dans le nouveau cadre établi par l’arrêt *Jordan*, qui ne considère plus le préjudice subi par l’accusé à titre de facteur analytique comme c’était le cas suivant le cadre d’analyse prévu par l’arrêt *Morin*. Cette proposition va à l’encontre du nouveau cadre, en ce qu’elle fait renaître l’incertitude et la complexité de l’analyse de la question du préjudice. Le cadre élaboré dans *Morin* permettait, même en l’absence d’une preuve directe de préjudice, d’inférer que l’accusé subissait un préjudice en raison des longs délais (p. 801; *Godin*, par. 31). Inversement, le ministère public pouvait soulever l’inaction de l’accusé pour établir qu’un tel comportement ne correspondait pas à un désir d’être jugé rapidement (*Morin*, p. 790 et 802-803). L’établissement de l’existence d’un préjudice était toutefois une tâche complexe et incertaine, puisque l’absence de norme uniforme rendait l’application du

Jordan framework eliminates the uncertainty of the previous framework, because prejudice is taken into consideration in a different way: once the presumptive ceiling is breached, the accused is now presumed to have suffered prejudice to their liberty, security of the person, and fair trial interests (para. 54). Adopting the Crown's proposition would therefore, to some degree, have the effect of indirectly resurrecting the possibility of raising an accused's inaction or lateness in taking action in order to disprove the existence of prejudice.

[51] This proposition by the Crown also makes the application of the current framework more complex. Indeed, it involves a multi-factored test for inferring waiver from an accused's inaction. The factors that the Crown suggests considering include the duration of the inaction, the accused's conduct and situation, the prosecution's conduct and the manner in which the earlier proceeding unfolded (A.F., at paras. 25 and 77 et seq.). However, *Jordan* already specifies how an accused's inaction or silence is to be treated. Delay may be attributed to the defence where it is waived by the accused or where it is caused solely by the accused's conduct, which includes inaction (*Jordan*, at paras. 61-63; *Cody*, at para. 33).

[52] In short, therefore, the Crown's proposition cannot be adopted. An accused's silence or inaction cannot in itself give rise to an inference that the accused has waived delay, although it may be a relevant and important factor in the waiver inquiry. This conclusion is an obvious one given the fact that any person charged with an offence has the right to be tried within a reasonable time without having to explicitly state their wish to be protected by this right (*Rabba*; see also *Morin*, at p. 802). An accused nonetheless has a duty to raise an infringement of their right to be tried within a reasonable time in a timely manner. At the risk of repeating myself, an accused may not benefit from their own inaction or lateness in taking action. The new framework sanctions an accused's inaction or lateness in taking action. Inaction may be considered illegitimate conduct, and the delay associated with it

cadre antérieur « extrêmement imprévisible » et le traitement de la question du préjudice « hautement subjectif » (*Jordan*, par. 32-33). Le cadre établi dans *Jordan* rompt avec l'incertitude du cadre précédent du fait que le préjudice y est pris en considération de manière différente : une fois que le plafond présumé est dépassé, il est désormais tenu pour acquis que l'inculpé a subi une atteinte à ses droits à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable (par. 54). Adopter la proposition du ministère public reviendrait donc, en quelque sorte, à faire renaître indirectement la possibilité de soulever l'inaction ou la tardiveté à agir de l'accusé pour réfuter l'existence d'un préjudice.

[51] Cette proposition du ministère public a également pour effet de complexifier l'application du cadre existant. Elle comporte d'ailleurs une analyse multifactorielle permettant d'inférer de l'inaction de l'accusé une renonciation de sa part. Parmi les facteurs suggérés, le ministère public propose, par exemple, de considérer la durée de l'inaction, le comportement et la situation de l'accusé, la conduite de la poursuite et le déroulement de l'instance antérieure (m.a., par. 25 et 77 et suiv.). Toutefois, l'arrêt *Jordan* prévoit déjà comment il faut considérer l'inaction ou le silence de l'accusé. La défense peut se voir imputer un délai lorsque l'accusé y renonce ou lorsque le délai résulte uniquement de la conduite de l'accusé, y compris de son inaction (*Jordan*, par. 61-63; *Cody*, par. 33).

[52] En résumé, la proposition du ministère public ne peut donc être adoptée. Le silence ou l'inaction de l'accusé ne saurait en soi permettre d'inférer une renonciation de sa part à soulever les délais, bien que cela puisse être un facteur pertinent et important dans son analyse. Cette conclusion s'impose, étant donné que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable appartient à l'inculpé sans qu'il n'ait besoin d'affirmer explicitement son désir d'être protégé par ce droit (*Rabba*; voir aussi *Morin*, p. 802). L'accusé conserve néanmoins l'obligation de soulever en temps utile la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Au risque de me répéter, il ne peut tirer avantage de sa propre inaction ou tardiveté à agir. Le nouveau cadre sanctionne l'inaction ou la tardiveté à agir de l'accusé. L'inaction peut être considérée à titre de conduite illégitime, et les délais qui y sont

may be attributed to the defence when the unreasonableness of delay is being determined (*Jordan*, at paras. 63, 113 and 121; *Cody*, at para. 33).

(4) An Accused May Not Raise First-Trial Delay Once a New Trial Is Ordered

[53] In *Jordan*, the Court established that delay runs from the charge to the actual or anticipated end of trial (para. 47), but it did not specify how an order for a new trial affects the calculation of delay. However, *Potvin* provides useful guidance in this regard. First, Sopinka J. stated in that case that such an order revives the accused's status as a person charged with an offence (p. 912). Second, he added, citing D. H. Doherty, that the "constitutional clock" for calculating delay begins running at the time the appellate court orders a new trial:

This does not mean that when there is an adjudication relating to a charge which is appealed, s. 11(b) is spent. If on the appeal the judgment is set aside and the matter is remitted for trial, the accused reverts to the status of a person charged. As stated by D. H. Doherty (now a justice of the Court of Appeal for Ontario) in "More Flesh on the Bones: The Continued Judicial Interpretation of s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1984), Canadian Bar Association — Ontario; Annual Institute on Continuing Legal Education, at p. 9:

Section 11(b) does not appear to operate at the appellate stage. Section 11(b) guarantees a trial within a reasonable time, not a final determination of the matter at an appellate level within that time. If, however, a new trial is ordered on appeal, or some other order is made directing the continuation of the trial proceedings, the constitutional clock should be rewound at the time of the order by the appellate court. [Emphasis added; pp. 912-13.]

[54] Prior to *Jordan*, appellate jurisprudence seemed to allow an accused who was sent back to be tried again to raise the delay in both their first trial and their retrial (see *R. v. Boisvert*, 2014 QCCA 191, at para. 54 (CanLII); *R. v. Barros*, 2014 ABCA 367, 317 C.C.C.

associés peuvent être imputés à la défense lors de la détermination du caractère déraisonnable des délais (*Jordan*, par. 63, 113 et 121; *Cody*, par. 33).

(4) Le prononcé d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès empêche l'accusé de soulever les délais liés à son premier procès

[53] L'arrêt *Jordan* établit que les délais commencent à courir à partir du dépôt des accusations jusqu'à la fin réelle ou anticipée du procès (par. 47). La Cour n'y précise toutefois pas l'effet sur le calcul des délais d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès. L'arrêt *Potvin* offre toutefois des indications utiles à cet égard. D'une part, le juge Sopinka y précise qu'une telle ordonnance redonne à l'accusé son statut d'inculpé (p. 912). D'autre part, citant l'ouvrage de D. H. Doherty, le juge Sopinka ajoute que le point de départ de « l'horloge constitutionnelle » calculant le délai est la date à laquelle la cour d'appel ordonne le nouveau procès :

Cela ne signifie pas que l'al. 11b) ne peut plus être invoqué lorsqu'un appel est interjeté contre une décision portant sur une accusation. En effet, si le jugement est annulé en appel et si l'affaire est renvoyée pour la tenue d'un procès, l'accusé redevient un inculpé. Comme l'a affirmé D. H. Doherty (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario) dans « More Flesh on the Bones : The Continued Judicial Interpretation of s. 11(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (1984), Association du Barreau canadien — Ontario; Annual Institute on Continuing Legal Education, à la p. 9 :

[TRADUCTION] L'alinéa 11b) ne semble pas s'appliquer au stade de l'appel. Il garantit qu'un procès sera tenu dans un délai raisonnable, mais non qu'une décision finale sera rendue en appel dans ce même délai. Toutefois, si un nouveau procès est ordonné en appel ou si quelque autre ordonnance intimant la continuation du procès est prononcée, les aiguilles de l'horloge constitutionnelle devraient être ramenées à la date de l'ordonnance de la cour d'appel. [Soulignement et caractères gras ajoutés; p. 912-913.]

[54] Avant l'arrêt *Jordan*, la jurisprudence des tribunaux d'appel semblait permettre à un accusé qui était renvoyé à son deuxième procès de soulever à la fois les délais de son premier et de son deuxième procès (voir *R. c. Boisvert*, 2014 QCCA 191, par. 54

(3d) 67, at paras. 51-53; *R. v. Nikkel*, 2009 MBCA 8, 240 Man. R. (2d) 1; *R. v. Fitts*, 2015 ONCJ 746, at para. 5 (CanLII)). In the view of M. Vauclair and T. Desjardins, that approach was implicitly endorsed by this Court in *R. v. Collins*, [1995] 2 S.C.R. 1104 (*Traité général de preuve et de procédure pénales* (28th ed. 2021), at para. 28.30). In that case, the accused persons had applied for a stay of proceedings at their retrial, and the stay had been ordered by the trial judge but set aside by the Court of Appeal. This Court restored the stay of proceedings on the ground that the delay was unreasonable under *Morin*. However, it did not discuss the right of an accused to bring such an application in a retrial.

[55] The situation is completely different now, because the Court has made stays of proceedings subject to new parameters, as set out in *Jordan*. It should now be understood that the computation of delay restarts at zero when a new trial is ordered. This is also the interpretation adopted by the Ontario Court of Appeal and the Alberta Court of Appeal (*R. v. MacIsaac*, 2018 ONCA 650, 141 O.R. (3d) 721, at para. 31; *R. v. JEV*, 2019 ABCA 359, 381 C.C.C. (3d) 392, at paras. 36-37; *R. v. J.A.L.*, 2019 ABCA 415, at para. 6 (CanLII)). What was said in *Potvin* cannot be interpreted in any other way today. Since the adoption of the *Jordan* framework, which requires an accused to take appropriate action in a timely manner, an accused cannot bring a s. 11(b) motion during a retrial based on delay in their first trial.

[56] Lateness in taking action impedes the proper administration of justice and contributes to maintaining inefficient practices that have a negative impact on the justice system and its limited resources (*Jordan*, at paras. 41 and 116). Because the prospective approach adopted in *Jordan* allows the parties to know from the outset what time is reasonable for their proceedings, they have a responsibility to take proactive measures to prevent that time from being exceeded. This responsibility lies upon both the Crown and the defence. An accused who sees delay lengthening must act reasonably and expeditiously

(CanLII); *R. c. Barros*, 2014 ABCA 367, 317 C.C.C. (3d) 67, par. 51-53; *R. c. Nikkel*, 2009 MBCA 8, 240 Man. R. (2d) 1; *R. c. Fitts*, 2015 ONCJ 746, par. 5 (CanLII)). Les auteurs M. Vauclair et T. Desjardins considèrent que cette approche a été implicitement confirmée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1995] 2 R.C.S. 1104 (*Traité général de preuve et de procédure pénales* (28^e éd. 2021), par. 28.30). Dans cette affaire, les accusés avaient demandé un arrêt des procédures dans le cadre de leur second procès. L'arrêt des procédures a été ordonné par le premier juge puis annulé par la Cour d'appel. Notre Cour a rétabli l'arrêt des procédures, considérant que les délais étaient déraisonnables suivant l'arrêt *Morin*. La Cour ne traite toutefois pas du droit de l'accusé de faire cette demande dans le cadre d'un second procès.

[55] La situation est tout autre maintenant puisque la Cour a assujéti l'arrêt des procédures à de nouveaux paramètres, tels qu'ils ont été formulés dans l'arrêt *Jordan*. Il faut maintenant comprendre que la computation des délais recommence à zéro à la suite d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès. Cette interprétation est également partagée par la Cour d'appel de l'Ontario et celle de l'Alberta (*R. c. MacIsaac*, 2018 ONCA 650, 141 O.R. (3d) 721, par. 31; *R. c. JEV*, 2019 ABCA 359, 381 C.C.C. (3d) 392, par. 36-37; *R. c. J.A.L.*, 2019 ABCA 415, par. 6 (CanLII)). Cet enseignement de l'arrêt *Potvin* ne peut être interprété autrement aujourd'hui. Depuis l'adoption du cadre établi dans *Jordan*, qui demande à l'accusé de prendre en temps utile des mesures appropriées, ce dernier ne peut dans le cadre du deuxième procès présenter en vertu de l'al. 11b) une requête invoquant les délais survenus lors du premier.

[56] Agir tardivement nuit à la saine administration de la justice et contribue au maintien de pratiques inefficaces qui ont des incidences négatives sur le système judiciaire et sur ses ressources limitées (*Jordan*, par. 41 et 116). Comme l'approche prospective de l'arrêt *Jordan* permet aux parties de connaître d'entrée de jeu le délai raisonnable applicable à leur instance, elles ont la responsabilité de prendre des mesures proactives pour éviter qu'il soit dépassé. Cette responsabilité incombe tant au ministère public qu'à la défense. L'accusé qui constate l'allongement des délais doit agir de manière raisonnable et expéditive

(*Jordan*, at para. 85). Bringing a motion in a retrial for a stay of proceedings based on first-trial delay is contrary to this duty and interferes with the proper administration of justice. It disregards the very reason for which a new trial was ordered, as it essentially results in a stillborn trial. Moreover, given that such a motion is generally recognized as being late if it is brought after a trial has begun, it would be illogical to permit an accused to bring it even later, in the course of a retrial.

[57] In the instant case, even though the Quebec Court of Appeal recognized that the delay clock is reset to zero after a new trial is ordered, it found that this principle does not prevent an accused from raising first-trial delay after such an order is made (para. 59). In support of this position, Levesque J.A. made two main points. First, relying on the principle that silence does not amount to a waiver, he suggested that a motion cannot be dismissed solely for being late (paras. 60–61, 64 and 70). Second, he stated that *Jordan* does not seem to prohibit such a motion from being brought in the course of a retrial, since the new framework no longer allows the Crown to raise lateness in taking action against the accused (para. 69).

[58] That approach should not be adopted. The Court of Appeal failed to consider the fact that an accused also has a duty to act proactively. On the first point made by the Court of Appeal, I must acknowledge that the court was correct in stating that an accused's long silence cannot in itself give rise to an inference that delay has been waived. With respect, however, I am of the view that the Court of Appeal erred in accepting that this may justify bringing a s. 11(b) motion after a new trial has been ordered. While an accused has no legal obligation to assert their right to be tried within a reasonable time in order for that right to exist (*Morin*, at p. 802, cited by the Court of Appeal, at para. 60), this does not entitle the accused to do nothing when they believe that their s. 11(b) right is not being or will not be respected. The Court's teachings are clear on this point: s. 11(b) does not allow an accused to benefit unduly from the

(*Jordan*, par. 85). Le fait de présenter lors d'un deuxième procès une requête en arrêt des procédures fondée sur les délais survenus lors du premier est contraire à ce devoir et nuit à la saine administration de la justice. Agir de la sorte occulte la raison même pour laquelle un nouveau procès a été ordonné, puisque cela a en quelque sorte pour effet d'entraîner un procès mort-né. Qui plus est, considérant qu'en règle générale la présentation d'une telle requête alors que le procès a débuté est reconnue comme tardive, il serait illogique de permettre à l'accusé de le faire plus tardivement encore, à savoir lors du deuxième procès.

[57] En l'espèce, si la Cour d'appel du Québec reconnaît que l'horloge des délais est ramenée à zéro après qu'un nouveau procès est ordonné, elle considère toutefois que ce principe n'empêche pas l'accusé de soulever les délais liés à son premier procès après le prononcé d'une telle ordonnance (par. 59). Pour appuyer sa position, le juge Levesque soulève principalement deux éléments. D'une part, s'appuyant sur le principe selon lequel le silence n'équivaut pas à une renonciation, il avance que le caractère tardif d'une requête ne permet pas à lui seul de la rejeter (par. 60–61, 64 et 70). D'autre part, il soutient que l'arrêt *Jordan* ne semble pas interdire la présentation d'une telle requête lors du deuxième procès, puisque le nouveau cadre d'analyse n'autorise plus le ministère public à opposer à l'accusé sa tardiveté à agir (par. 69).

[58] Cette approche ne doit pas être adoptée. La Cour d'appel omet de considérer l'obligation qu'a lui aussi l'accusé d'agir de façon proactive. Concernant le premier élément soulevé par la Cour d'appel, je dois reconnaître que cette dernière a raison de souligner que le long silence d'un accusé ne permet pas à lui seul d'inférer une renonciation à soulever les délais. Avec égard, je suis toutefois d'avis que la Cour d'appel fait erreur en acceptant qu'une telle situation puisse justifier la présentation d'une requête en vertu de l'al. 11b) après qu'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès a été rendue. Bien que l'accusé ne soit aucunement tenu juridiquement de faire valoir son droit d'être jugé dans un délai raisonnable pour que ce droit existe (*Morin*, p. 802, cité par la Cour d'appel, par. 60), cela ne l'autorise pas pour autant à demeurer inactif lorsqu'il estime que le droit que lui garantit l'al. 11b) n'est pas respecté ou ne le sera

lengthening of delay, notwithstanding the fact that it is the Crown that has a constitutional obligation to bring the accused to trial.

[59] With regard to the second justification it put forward, the Court of Appeal also failed to consider the responsibility that rests on accused persons when it comes to delay. It is true that prejudice is no longer a factor to be taken into account under the new framework and that the Crown can no longer attempt to justify a delay that is now presumptively unreasonable by inferring from an accused's lateness in bringing a motion that the accused is satisfied with the situation (*Jordan*, at paras. 54 and 81). However, the fact that the Crown can no longer raise the lateness of a motion against an accused does not authorize a lack of diligence by the accused in this regard. *Jordan* is clear on this point.

[60] When a new trial is ordered, the constitutional clock for calculating delay is reset to zero (*Gakmakge v. R.*, 2017 QCCS 3279; *JEV*, at para. 37; *Masson v. R.*, 2019 QCCS 2953, 57 C.R. (7th) 415, at para. 91). It follows that only the retrial delay can be counted when a s. 11(b) application is brought in that new trial. This is not to say, however, that a court may not consider first-trial delay in assessing the reasonableness of retrial delay in certain exceptional circumstances.

C. *Do the Presumptive Ceilings Established in Jordan Apply to Retrial Delay?*

(1) The Presumptive Ceilings Established in Jordan Apply to the Delay in a New Trial

[61] In *Jordan*, the Court did not discuss how the framework it created would apply in a context where a new trial was ordered. However, this does not mean that the presumptive ceilings it established do not apply to new trials. *Jordan* has a limited temporal

pas. Les enseignements de notre Cour sont limpides sur ce point : l'al. 11b) ne permet pas à l'accusé de profiter indûment de l'allongement des délais, même si c'est au ministère public que revient l'obligation constitutionnelle de traduire ce dernier en justice.

[59] Relativement à la seconde justification qu'elle avance, la Cour d'appel omet également de considérer la responsabilité qui incombe aux accusés à l'égard de l'écoulement des délais. Il est vrai que le préjudice n'est plus un facteur à prendre en compte dans le nouveau cadre d'analyse, et que le ministère public n'est plus admis à tenter de justifier un délai qui est désormais présumé déraisonnable en inférant de la présentation tardive de la requête d'un accusé que celui-ci est satisfait de la situation (*Jordan*, par. 54 et 81). Toutefois, le fait que le ministère public ne puisse plus opposer à l'accusé la tardiveté de sa requête n'autorise pas pour autant ce dernier à manquer de diligence à cet égard. Les enseignements de l'arrêt *Jordan* sont clairs sur ce point.

[60] Le prononcé d'une ordonnance de nouveau procès a pour effet de ramener à zéro les aiguilles de l'horloge constitutionnelle calculant le délai (*Gakmakge c. R.*, 2017 QCCS 3279; *JEV*, par. 37; *Masson c. R.*, 2019 QCCS 2953, 57 C.R. (7th) 415, par. 91). Ainsi, seuls les délais liés au deuxième procès peuvent être comptabilisés lorsqu'une demande fondée sur l'al. 11b) est présentée dans le cadre de ce nouveau procès. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il n'est pas permis, dans certaines circonstances exceptionnelles, de considérer les délais liés au premier procès dans l'évaluation du caractère raisonnable des délais liés au second.

C. *Les plafonds présumés établis dans l'arrêt Jordan s'appliquent-ils aux délais liés au deuxième procès?*

(1) Les plafonds présumés établis par Jordan s'appliquent aux délais liés au nouveau procès

[61] Dans l'arrêt *Jordan*, la Cour ne traite pas de l'application du cadre qu'elle crée dans un contexte où un nouveau procès a été ordonné. Cependant, cela ne signifie pas que les plafonds présumés qu'elle crée ne s'appliquent pas aux nouveaux procès. L'arrêt *Jordan*

scope and does not encompass all types of delay (para. 49; *K.G.K.*, at para. 39); the presumptive ceilings set by the Court relate specifically to trial delay. *Jordan*'s particular focus was on addressing the culture of complacency toward courtroom delay (para. 45). The presumptive ceilings are intended to facilitate this culture shift by encouraging parties to act proactively in order to expedite proceedings (para. 112). After a new trial is ordered, the accused regains the status of a person charged with an offence and the Crown once again has a duty to bring the accused to trial within a reasonable time. Delay following such an order is trial delay and therefore falls within *Jordan*. Although I do not consider it appropriate to set new ceilings for retrials, as I will explain below, I nevertheless cannot adopt the approach of the Alberta Court of Appeal, which declined to apply any ceiling in this context (*JEV*, at paras. 40, 42 and 50). Not applying the *Jordan* ceilings to retrials would be contrary to the principles established in that case.

(2) The Presumptive Ceilings Should Not Be Changed

[62] The respondent and certain interveners propose the adoption of lower presumptive ceilings for retrials. This proposal cannot be accepted.

[63] This Court recently had to consider a similar proposal in *K.J.M.* In that case, the appellant asked the Court to establish a 12-month presumptive ceiling for single-stage proceedings in youth justice courts under the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1. However, the Court declined to set a lower ceiling for youth cases. Moldaver J., writing for the majority, noted in particular that the appellant had failed to show that the criminal justice system specifically for young persons had a problem with delay that warranted "the imposition of a new constitutional standard" (para. 63).

a une portée temporelle limitée et ne s'applique pas à tous les types de délais (par. 49; *K.G.K.*, par. 39); les plafonds présumés fixés par la Cour visent spécifiquement les délais liés au procès. L'arrêt *Jordan* cherche particulièrement à endiguer la culture de complaisance à l'égard de l'accumulation des délais en salle d'audience (par. 45). Les plafonds présumés visent à faciliter ce changement de culture en incitant les parties à agir de façon proactive afin d'accélérer le déroulement de l'instance (par. 112). Après le prononcé d'une ordonnance de nouveau procès, l'accusé retrouve le statut d'inculpé et le ministère public retrouve son obligation de lui faire subir son procès dans un délai raisonnable. Les délais qui courent à la suite de cette ordonnance sont des délais liés au procès et sont donc visés par l'arrêt *Jordan*. Bien que je considère qu'il n'est pas approprié de fixer de nouveaux plafonds pour les seconds procès, comme je vais l'expliquer ci-après, je ne peux néanmoins retenir l'approche de la Cour d'appel de l'Alberta, qui proposait de n'appliquer aucun plafond dans ce contexte (*JEV*, par. 40, 42 et 50). Ne pas appliquer à un deuxième procès les plafonds fixés dans *Jordan* irait à l'encontre des enseignements de cet arrêt.

(2) Les plafonds présumés ne doivent pas être modifiés

[62] L'intimé et certains intervenants proposent l'adoption de plafonds présumés qui seraient inférieurs dans le cas d'un deuxième procès. Cette proposition ne saurait être retenue.

[63] Récemment, dans *K.J.M.*, la Cour a eu à se pencher sur une proposition similaire. Dans cette affaire, l'appelant demandait à notre Cour d'établir un plafond présumé de 12 mois pour les poursuites simples instruites devant les tribunaux pour adolescents en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1. La Cour a cependant refusé d'établir un plafond plus bas pour les affaires mettant en cause des personnes appartenant à ce groupe. S'exprimant pour la majorité, le juge Moldaver a notamment souligné que l'appelant n'avait pas été en mesure de démontrer l'existence, dans le système de justice pénale spécifiquement applicable aux adolescents, d'un problème de délais qui justifiait « l'imposition d'une nouvelle norme constitutionnelle » (par. 63).

[64] It must be remembered that the presumptive ceilings adopted in *Jordan* address a particular problem, that is, the culture of complacency toward trial delay. The retrospective approach that characterized the *Morin* framework, together with the difficulties that arose in applying that framework, played a part in exacerbating that situation. The problem was a real one, which the presumptive ceilings established by this Court in *Jordan* were specifically intended to remedy.

[65] In this case, the respondent has not shown that there is a real problem, let alone one that could warrant the imposition of a new constitutional standard. To support their proposal, the respondent and the Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil refer mainly to the suggestion made by A. D. Gold, M. Lacy and L. Metcalfe that a six-month ceiling for trials in provincial courts and an eight-month ceiling for trials in superior courts would be appropriate (*A Practical Guide to the Charter: Section 11(b)* (2019), at pp. 15-16).

[66] I must point out that the presumptive ceilings established in *Jordan* provide a uniform general framework for assessing the reasonableness of the delay between the charge and the end of trial, “irrespective of the varying degrees of prejudice experienced by different groups and individuals” (*K.J.M.*, at para. 65). Like Moldaver J., I am of the view that setting ceilings applicable to new trials “would undermine this uniformity and lead to a multiplicity of ceilings, each varying with the unique level of prejudice experienced by the particular category or subcategory of persons in question” (para. 65). It follows that the creation of a new ceiling in this case would also be “incompatible with the uniform-ceiling approach adopted in *Jordan* and would undermine its objective of simplifying and streamlining the s. 11(b) framework” (para. 65).

[67] I would also observe, as Moldaver J. noted in *K.J.M.*, that *Jordan* establishes ceilings for reasonableness, not floors for unreasonableness, and that

[64] Il faut rappeler que les plafonds présumés adoptés dans l’arrêt *Jordan* répondent à un problème précis, soit la culture de complaisance à l’égard des délais liés à la tenue des procès. L’approche rétrospective qui caractérisait le cadre prévu par l’arrêt *Morin*, conjuguée aux difficultés que soulevait l’application de ce cadre, a contribué à l’aggravation de cette situation. Il s’agissait d’un problème réel, auquel les plafonds présumés établis par notre Cour dans *Jordan* visaient précisément à remédier.

[65] En l’espèce, l’intimé n’a pas démontré l’existence d’un problème réel, et encore moins d’un problème qui pourrait justifier l’imposition d’une nouvelle norme constitutionnelle. Pour appuyer leur proposition, l’intimé et l’Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil se réfèrent essentiellement aux propos des auteurs A. D. Gold, M. Lacy et L. Metcalfe, qui suggèrent qu’un plafond de six mois pour les procès instruits devant une cour provinciale et un plafond de huit mois pour ceux instruits devant une cour supérieure seraient adéquats (*A Practical Guide to the Charter : Section 11(b)* (2019), p. 15-16).

[66] Je dois rappeler que les plafonds présumés établis dans l’arrêt *Jordan* offrent un cadre général uniforme pour évaluer le caractère raisonnable des délais entre l’inculpation et la fin du procès, et ce, « peu importe les divers degrés de préjudice subi par différents groupes et individus » (*K.J.M.*, par. 65). Tout comme le juge Moldaver, je suis d’avis que l’établissement de plafonds applicables en cas de nouveaux procès « saperait cette uniformité et pourrait entraîner une multiplication des plafonds, chacun variant selon le degré unique de préjudice subi par une catégorie ou sous-catégorie particulière de personnes » (par. 65). Il s’ensuit que la création d’un nouveau plafond en l’espèce serait donc également « incompatible avec l’approche du plafond uniforme adopté dans l’arrêt *Jordan* et entraverait la réalisation de l’objectif de cet arrêt, soit simplifier et rationaliser le cadre d’analyse des demandes fondées sur l’al. 11b) » (par. 65).

[67] Je tiens en outre à rappeler, comme l’a souligné le juge Moldaver dans *K.J.M.*, que l’arrêt *Jordan* établit des plafonds de raisonnabilité et non des seuils

in most cases accused persons should be brought to trial within a time that is below the ceilings:

While the presumptive ceilings are a significant chapter in *Jordan*, they are not the full story. *Jordan* established ceilings, not floors. While the ceilings offer a bright-line approach, they are supplemented by a more flexible, case-specific approach to delay *below* the ceiling. In this way, *Jordan* marries uniformity with flexibility.

...

In embracing this proactive approach, prosecutors should bear in mind that the presumptive ceiling “is not an aspirational target”, 18 or 30 months is still “a long time to wait for justice”, and most cases “can and should” be completed in less time (*Jordan*, at paras. 56-57). [Underlining added; paras. 69 and 82.]

[68] The *Jordan* framework is therefore flexible enough to be used by courts to determine whether retrial delay is reasonable, even where it is below the presumptive ceiling. Delay is not reasonable simply because it is within the applicable ceiling; it is only presumptively reasonable. Delay may be found to be unreasonable “even if it falls below the presumptive ceiling” (*Jordan*, at para. 82).

(3) Factors to Be Considered in Determining the Reasonableness of Retrial Delay Where It Is Below the Applicable Presumptive Ceiling

[69] The retrial context differs from that of a first trial, since normally the parties have already presented their evidence and arguments a first time. To take account of the specific nature of this context, I propose two factors that can be considered in analyzing the reasonableness of retrial delay. These factors must, of course, be applied flexibly, having regard to the circumstances of each case.

de déraisonnabilité, et que, dans la plupart des cas, l'accusé devrait être traduit en justice dans un délai inférieur à ces plafonds :

Bien que les plafonds présumés soient un élément important de l'arrêt *Jordan*, ils ne disent pas tout. En effet, cet arrêt a établi des plafonds et non des seuils. Même si ces plafonds offrent une approche claire, ils sont complétés par une approche plus souple et au cas par cas pour les délais *inférieurs* au plafond. Ainsi, l'arrêt *Jordan* combine l'uniformité et la souplesse.

...

Lorsqu'ils adoptent cette approche proactive, les procureurs doivent garder à l'esprit que le plafond présumé n'est « pas [un] objectif ambitieux ». Des délais de 18 ou de 30 mois sont quand même « de longs délais pour que justice soit rendue », et la plupart des affaires peuvent et devraient être réglées en moins de temps (*Jordan*, par. 56-57). [Je souligne; par. 69 et 82.]

[68] Le cadre établi dans l'arrêt *Jordan* offre donc suffisamment de souplesse pour permettre aux tribunaux de décider si le délai dans lequel a été tenu le deuxième procès est raisonnable ou non, et ce, même si ce délai est inférieur au plafond présumé. Un délai qui respecte le plafond applicable n'est pas de ce seul fait raisonnable, mais uniquement présumé l'être. En effet, un délai peut être jugé déraisonnable « même s'il est inférieur au plafond présumé applicable » (*Jordan*, par. 82).

(3) Les facteurs à considérer pour juger du caractère raisonnable des délais liés au deuxième procès lorsqu'ils sont inférieurs au plafond présumé applicable

[69] Le contexte du deuxième procès se distingue de celui du premier, en ce que la preuve et les arguments des parties ont généralement déjà été présentés une première fois. Afin de prendre en compte la particularité de ce contexte, je propose deux facteurs qui peuvent être considérés dans l'analyse du caractère raisonnable des délais d'un deuxième procès. Il va de soi que ces facteurs doivent être appliqués avec souplesse, selon les circonstances propres à chaque affaire.

[70] The first factor is the need to prioritize retrials when scheduling hearings. The parties are agreed on this point. Appeal courts and trial courts have also recognized it on a number of occasions (*JEV*, at para. 38; *MacIsaac*, at paras. 23-25; *J.A.L.*, at para. 14; *R. v. Richard*, 2017 MBQB 11, 375 C.R.R. (2d) 61, at para. 32). Participants in the criminal justice system, particularly the Crown and the court, must act proactively when a new trial is ordered so that dates can quickly be set for that trial, which must normally be prioritized. As mentioned above, the accused also has a role to play in this regard and must take proactive measures for this purpose.

[71] The second factor goes hand in hand with the first: retrials are, as a general rule, to be conducted in less time than first trials. The parties are also agreed on this point. It is commonly recognized that retrials will have a shorter time frame than first trials because the parties' respective evidence and positions have been presented a first time (*JEV*, at para. 38; *MacIsaac*, at para. 27; *Masson*, at para. 91). However, I note that it is not out of the question for a retrial comparable in length to the first trial to be justified in certain circumstances. For example, a change in strategy by the prosecution or the accused might mean that the work done during the first trial is no longer relevant (*JEV*, at para. 41; *Masson*, at para. 89). This is why the analysis of delay must remain contextual and take account of the specific circumstances of each case.

[72] These two factors are grounded in the duty of all participants in the criminal justice system to act in a timely manner. In the retrial context, this means that everyone, and especially the Crown, must ensure that retrials are prioritized when trial dates are set and that retrial delay is as short as possible. Recognition of these factors is based on the objectives of s. 11(b). First, prioritizing retrials and considering that, as a general rule, retrials should be conducted in less time protects the s. 11(b) rights of accused persons and limits the negative consequences of being charged with a criminal offence (*Jordan*, at para. 20; *Morin*, at pp. 801-3). The making of an order for a new trial

[70] Le premier facteur est la nécessité de prioriser la tenue des deuxièmes procès lors de l'établissement du calendrier des audiences. Les parties s'entendent sur ce point. Les cours d'appel et les tribunaux de première instance l'ont d'ailleurs reconnu à diverses reprises (*JEV*, par. 38; *MacIsaac*, par. 23-25; *J.A.L.*, par. 14; *R. c. Richard*, 2017 MBQB 11, 375 C.R.R. (2d) 61, par. 32). Lorsqu'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès est prononcée, les participants au système de justice criminelle, en particulier le ministère public et le tribunal, doivent agir de façon proactive afin de fixer rapidement les dates de ce nouveau procès, dont la tenue doit habituellement être priorisée. L'accusé a lui aussi, rappelons-le, un rôle à jouer à cet égard, et il doit prendre des mesures proactives à cette fin.

[71] Le second facteur va de pair avec le premier : les délais liés au nouveau procès doivent, en règle générale, être plus courts que ceux liés au premier. Les parties s'entendent également sur ce point. Il est communément admis que les délais liés au deuxième procès seront plus courts que ceux du premier, étant donné que la preuve et les positions respectives des parties ont été présentées une première fois (*JEV*, par. 38; *MacIsaac*, par. 27; *Masson*, par. 91). Je signale cependant qu'il n'est pas exclu qu'un deuxième procès d'une durée comparable à celle du premier soit justifié dans certaines circonstances. À titre d'exemple, il pourrait arriver qu'un changement de stratégie de la part de la poursuite ou de l'accusé fasse en sorte que le travail accompli lors du premier procès ne soit plus utile (*JEV*, par. 41; *Masson*, par. 89). C'est pourquoi l'analyse des délais doit demeurer contextuelle et prendre en compte les circonstances particulières de chaque affaire.

[72] Ces deux facteurs sont fondés sur le devoir qui incombe à l'ensemble des participants au système de justice criminelle d'agir avec célérité. Dans le cadre du deuxième procès, cela signifie que tous, et plus particulièrement le ministère public, doivent s'assurer que la tenue du nouveau procès soit priorisée lors de l'établissement des dates de procès et que les délais liés au deuxième procès soient aussi courts que possible. La reconnaissance de ces facteurs s'appuie sur les objectifs de l'al. 11b). D'une part, le fait de prioriser les seconds procès et de considérer qu'en règle générale les délais liés à ces nouveaux procès doivent être plus courts protège les droits de l'accusé prévus à

prolongs the period during which the accused is a person charged with an offence as well as the stress, anxiety and stigma associated with having that status. Indeed, this Court reiterated in *Jordan* that lengthy delay gives rise to an inference of prejudice to the accused (paras. 34, 54 and 110). Although *Jordan* eliminates the concept of prejudice as an analytical factor, this concept nonetheless remains central under the new framework, because the setting of presumptive ceilings was in fact based on the presumption that significant delay is prejudicial to an accused (para. 54). Second, the adoption of these two factors reflects recognition of the fact that prolonged delay also causes prejudice to victims, witnesses and the justice system as a whole (para. 110; see also paras. 22-27).

[73] These factors must be assessed contextually, as required by *Jordan*. In this regard, first-trial delay is one of the circumstances that may be taken into account in the assessment. In a context where the first-trial delay exceeds the applicable ceiling, failure to act expeditiously and to prioritize the case could weigh in favour of a finding that the retrial delay is unreasonable. However, the analysis remains contextual and flexible, and it is for the court to make this determination in light of the specific circumstances of each case. The fact that this contextual element is considered does not allow an accused to raise first-trial delay indirectly. It must be remembered that the constitutional clock for delay is reset to zero when a new trial is ordered and that, from that point on, first-trial delay can no longer be counted. Giving too much weight to first-trial delay would be contrary to the principles set out in *Jordan*, which creates, first and foremost, a prospective framework that encourages parties to act proactively. Where a s. 11(b) motion is brought in the course of a retrial, it is the delay in that trial that remains the focus of the analysis.

l'al. 11b) et réduit les conséquences négatives liées à l'inculpation (*Jordan*, par. 20; *Morin*, p. 801-803). Le fait qu'un nouveau procès soit ordonné prolonge la période où l'accusé est sous le coup d'une inculpation ainsi que le stress, l'anxiété et la stigmatisation associés au statut d'inculpé. D'ailleurs, notre Cour a réitéré dans l'arrêt *Jordan* que l'écoulement d'un long délai permet d'inférer que l'accusé subit un préjudice (par. 34, 54 et 110). Bien que l'arrêt *Jordan* écarte la notion de préjudice comme facteur analytique, cette notion conserve néanmoins un caractère central dans le nouveau cadre d'analyse, puisque l'établissement de plafonds présumés est justement fondé sur la présomption selon laquelle l'accusé subit un préjudice lorsque les délais sont importants (par. 54). D'autre part, l'adoption de ces deux facteurs reflète la reconnaissance du fait qu'un délai qui se prolonge cause également préjudice aux victimes, aux témoins ainsi qu'au système de justice dans son ensemble (par. 110; voir aussi par. 22-27).

[73] Ces facteurs doivent être examinés de façon contextuelle comme le demande l'arrêt *Jordan*. En ce sens, les délais du premier procès représentent un exemple de circonstances qui peuvent être prises en considération dans l'évaluation. L'absence d'empressement à agir et de priorisation du dossier dans un contexte où les délais du premier procès excèdent le plafond applicable pourrait militer en faveur de la conclusion que le délai du deuxième procès est déraisonnable. Cette analyse demeure toutefois contextuelle et souple, et c'est au tribunal de faire cette détermination à la lumière des circonstances particulières de chaque affaire. La prise en compte de cet élément contextuel n'autorise pas l'accusé à soulever de façon détournée les délais liés à son premier procès. Il ne faut pas oublier que l'horloge constitutionnelle mesurant les délais est ramenée à zéro lorsqu'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès est prononcée, et que les délais liés au premier procès ne peuvent plus être comptabilisés à partir de ce moment. Accorder une trop grande importance aux délais liés au premier procès serait contraire aux enseignements de l'arrêt *Jordan*, lequel crée d'abord et avant tout un cadre prospectif encourageant les démarches proactives de la part des parties. Lorsqu'une requête fondée sur l'al. 11b) est présentée dans le cadre du deuxième procès, ce sont donc les délais de ce procès qui demeurent au cœur de l'analyse.

V. Application to This Appeal

[74] In this case, the respondent did not act in a timely manner. Neither before nor during his first trial did he raise an infringement of his right to be tried within a reasonable time. Nor did he make an argument to this effect in the Court of Appeal after the Crown decided to appeal the verdict. It was not until a few months before his retrial was to be held that he brought his s. 11(b) motion.

[75] Although the retrial judge found that there was evidence to suggest that the accused had been concerned about delay during the first trial, the fact remains that he never applied for a remedy for that delay. The respondent was charged in February 2011, and his first trial ended in May 2016. He was acquitted in February 2017. The Crown appealed the trial judge's decision. In the Court of Appeal, the respondent did not allege that there had been unreasonable delay in his trial. A new trial was ordered on June 13, 2018, and the respondent brought a s. 11(b) motion for a stay of proceedings for unreasonable delay for the first time on December 28, 2018. That motion concerned the delays in the first trial and the retrial.

[76] Given that the respondent brought his s. 11(b) application in the course of his retrial, the delay in his first trial cannot be considered in calculating the total delay. Only the delay since the order for a new trial is counted. The trial judge therefore erred in combining the delays for the two trials in assessing whether the s. 11(b) right had been infringed. Such an approach in fact leads to an absurd result, because adding the delays together makes ordering a new trial pointless. While the Court of Appeal correctly recognized that combining the delays for the two trials was inconsistent with the new framework established in *Jordan*, the two-step approach it proposed is also wrong, because it allows an accused to raise first-trial delay after a retrial has been ordered.

V. Application au présent pourvoi

[74] En l'espèce, l'intimé n'a pas agi en temps utile. En effet, ni avant ni pendant la tenue de son premier procès l'intimé n'a soulevé la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Il n'a pas non plus présenté de moyen en ce sens devant la Cour d'appel après que le ministère public eut décidé de porter en appel le verdict. Ce n'est que quelques mois avant la tenue de son deuxième procès que l'intimé a présenté sa requête fondée sur l'al. 11b).

[75] Si la juge du second procès constate que certains éléments de preuve tendent à indiquer que l'accusé s'est préoccupé des délais lors du premier procès, il n'en demeure pas moins que ce dernier n'a jamais demandé de réparation à cet égard. L'intimé a été inculpé en février 2011 et son premier procès s'est terminé en mai 2016. Il a été acquitté en février 2017. Le ministère public a porté la décision du premier juge en appel. Devant la Cour d'appel, l'intimé n'a pas soulevé le caractère déraisonnable des délais de son procès. L'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès a été prononcée le 13 juin 2018, et c'est le 28 décembre 2018 que l'intimé a présenté pour la première fois une requête en arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable en vertu de l'al. 11b). Cette requête visait les délais liés au premier et au deuxième procès.

[76] Étant donné que l'intimé a présenté sa demande fondée sur l'al. 11b) dans le cadre de son deuxième procès, les délais liés à son premier procès ne peuvent être considérés dans le calcul du délai total. Seuls les délais survenus depuis l'ordonnance intimant la tenue du nouveau procès sont comptabilisés. La juge de première instance a en conséquence commis une erreur en combinant les délais des deux procès dans l'évaluation de la violation du droit garanti par l'al. 11b). Une telle approche entraîne d'ailleurs un résultat absurde, puisque l'addition des délais enlève toute utilité au prononcé d'une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès. Bien que la Cour d'appel ait eu raison de reconnaître que le cumul des délais des deux procès était incompatible avec le nouveau cadre établi dans l'arrêt *Jordan*, l'approche en deux temps qu'elle propose est elle aussi erronée, car elle permet à l'accusé de soulever les délais liés à son premier procès après le prononcé de l'ordonnance qui a intimé la tenue de son deuxième procès.

[77] To determine whether a motion for a stay of proceedings is well founded, a court must begin by calculating the total delay between the order for a new trial and the actual or anticipated end of that trial. Here, the order was made by the Court of Appeal on June 13, 2018. At the time the motion for a stay of proceedings was argued, the anticipated end of the trial was April 18, 2019, and the total delay was estimated at 10 months and 5 days. None of the delay was attributable to the defence. This delay is well below the 30-month presumptive ceiling applicable to the first trial.²

[78] In this case, if the respondent were to be retried, none of the factors associated with this specific context supports a finding that his right to be tried within a reasonable time was infringed. There is no evidence establishing that the retrial was not prioritized. In October 2018, the parties scheduled that trial for the first available period, April 29 to May 31, 2019, resulting in a total delay of 11.5 months. In January 2019, after the respondent brought his s. 11(b) application, the trial dates were moved up to March 11 to April 18, 2019. The anticipated retrial delay then became 10 months and 5 days, which is reasonable and much shorter than the first-trial delay, in addition to being below the 30-month presumptive ceiling. It is true that the first trial seems to have taken markedly longer than it should have. In this case, however, the length of the first-trial delay has relatively little, if any, weight. Given that the anticipated retrial delay is very short and that the case was prioritized, I conclude that the delay is reasonable and that there are no grounds for a stay of proceedings.

[79] In the end, I am of the view that both the trial judge and the Court of Appeal erred in finding that the respondent's right to be tried within a reasonable time had been infringed.

[77] Pour établir le bien-fondé d'une requête en arrêt des procédures, il faut d'abord calculer le délai total entre l'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès et la conclusion réelle ou anticipée de ce dernier. En l'espèce, cette ordonnance a été prononcée par la Cour d'appel le 13 juin 2018. Au moment où la requête en arrêt des procédures a été débattue, la date anticipée de la fin du procès était fixée au 18 avril 2019 et le délai total était estimé à 10 mois et 5 jours. De ce total, aucun délai n'était imputable à la défense. Ce délai est bien en deçà du plafond présumé de 30 mois applicable au premier procès².

[78] En l'espèce, si l'intimé subissait son deuxième procès, aucun des facteurs liés à ce contexte particulier ne permet de conclure à la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Il n'y a pas de preuve établissant que la tenue du deuxième procès n'a pas été priorisée. En octobre 2018, les parties ont fixé la tenue du procès à la première période disponible, soit du 29 avril au 31 mai 2019, pour un délai total de 11 mois et demi. En janvier 2019, après la présentation par l'intimé de sa demande fondée sur l'al. 11b), la tenue du procès a été devancée à la période du 11 mars au 18 avril 2019. Le délai anticipé du deuxième procès était alors de 10 mois et 5 jours, ce qui est raisonnable et largement inférieur aux délais du premier procès en plus d'être en dessous du plafond présumé de 30 mois. Il est vrai que les délais liés au premier procès semblent nettement plus longs qu'ils ne devraient l'être. En l'espèce, toutefois, la longueur des délais du premier procès n'a relativement peu, voire pas, d'importance. Dans la mesure où le délai anticipé du deuxième procès est très court et que le dossier a été priorisé, je conclus que le délai est raisonnable et qu'il n'y a pas matière à arrêter les procédures.

[79] En définitive, j'estime que tant la juge de première instance que la Cour d'appel ont fait erreur en concluant à la violation du droit de l'intimé d'être jugé dans un délai raisonnable.

² The presumptive ceiling applicable in this case is the 30-month ceiling, because a preliminary inquiry was held in the first trial.

² Le plafond présumé applicable en l'espèce est celui de 30 mois, puisqu'une enquête préliminaire a été tenue à l'occasion du premier procès.

VI. Disposition

[80] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the stay of proceedings and remand the case to another judge of the Court of Québec for the continuation of the trial.

English version of the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Overview

[81] This appeal concerns the interaction between the culture shift introduced by this Court since *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, the presumptive ceilings within which an accused must be brought to trial, and the situation — not contemplated by *Jordan* — in which a new trial is ordered. We must propose a pragmatic solution that respects the right of an accused to be tried within a reasonable time while also remaining true to the principles established in *Jordan* when analyzing delay in the context of a retrial.

[82] In rendering its decision in *Jordan* on July 8, 2016, this Court reaffirmed the fundamental right of accused persons to be tried within a reasonable time and thoroughly changed the manner in which delay is treated. A change of direction was required to counter the culture of complacency that had developed among Canadian courts. New ceilings were established, and any delay that exceeds these ceilings is now presumptively unreasonable; an accused no longer has to prove prejudice to obtain a stay of proceedings.

[83] The corollary to this prospective framework is that it requires a certain level of proactivity from all participants in the justice system. An accused can be faulted for their inaction or lateness in taking action. Illegitimate conduct by an accused that is contrary to the values promoted by *Jordan* may justify attributing a portion of the delay to them.

VI. Dispositif

[80] Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir l’appel, d’annuler l’arrêt des procédures et de renvoyer l’affaire devant un ou une autre juge de la Cour du Québec pour la continuation du procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Aperçu

[81] Le présent pourvoi concerne l’interaction entre le changement de culture instauré par notre Cour depuis l’arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, les plafonds présumés en dessous desquels l’accusé doit être traduit en justice et la situation, non envisagée par l’arrêt *Jordan*, de l’ordonnance d’un nouveau procès. Nous sommes appelés à proposer une solution pragmatique, laquelle respecte le droit de l’accusé d’être jugé dans un délai raisonnable, tout en demeurant fidèles aux principes établis dans l’arrêt *Jordan* lors de l’analyse des délais dans le cadre d’un deuxième procès.

[82] Le 8 juillet 2016, en rendant l’arrêt *Jordan*, notre Cour réaffirmait le droit fondamental des accusés d’être jugé dans un délai raisonnable et modifiait de façon radicale le traitement des délais. Un changement d’orientation s’imposait afin de venir mettre un frein à la culture de complaisance qui s’était installée dans les tribunaux canadiens. De nouveaux plafonds ont été instaurés et, dorénavant, tout délai supérieur à ces plafonds est présumé déraisonnable; l’accusé n’a plus à démontrer un préjudice pour obtenir un arrêt des procédures.

[83] Le corollaire de ce cadre prospectif est qu’il impose à tous les participants du système judiciaire une certaine proactivité. L’accusé peut se voir reprocher son inaction ou sa tardiveté à agir. Une conduite illégitime de l’accusé, laquelle irait à l’encontre des valeurs mises de l’avant par l’arrêt *Jordan*, justifierait de lui imputer une part des délais.

[84] Of course, the Court’s purpose in *Jordan* was not to provide second-rate justice to accused persons, but rather to ensure that their constitutional right to be tried within a reasonable time, guaranteed by s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is respected. Where the prosecution breaches its duty and infringes this fundamental right, a stay of proceedings is the only possible remedy (*R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 614; *Jordan*, at paras. 35 and 47; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, at para. 24).

II. Analysis

[85] I will say from the outset that I agree with the main principles in the analysis of my colleague Wagner C.J., including the fact that in *Jordan* the Court did not discuss how the ceilings would apply in the context of a retrial and that it is not necessary to set new ceilings. I also accept the two factors he proposes to consider in the analysis of the reasonableness of delay following an order for a new trial, where the delay is below the applicable presumptive ceiling. I agree that retrials should, generally, take less time than first trials and that retrials should be prioritized. My colleague’s approach makes it possible, among other things, to fulfil the purpose for which a new trial is ordered, as such a trial might otherwise be “stillborn” (Chief Justice’s reasons, at para. 56). I have no reservations in endorsing that approach, for the future. It reflects the culture shift required by *Jordan* and provides a pragmatic solution; it clarifies how an order for a new trial affects the calculation of delay, while retaining the ceilings established in *Jordan*. I will also say that I would most likely agree with my colleague’s conclusion if the issue of reasonableness of delay arose in a situation where a new trial was ordered and all of the delay in the first trial was *subsequent to Jordan*. However, that is not the case here.

[86] Therefore, with great respect, I disagree with the result reached by my colleague, namely that the accused cannot obtain a stay of proceedings. I would

[84] Bien évidemment, le but poursuivi par l’arrêt *Jordan* n’est pas d’offrir à l’accusé une justice à rabais, mais bien d’assurer que son droit constitutionnel d’être jugé dans un délai raisonnable, garanti par l’al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit respecté. Lorsque la poursuite manque à son obligation et porte atteinte à ce droit fondamental, l’arrêt des procédures est la seule réparation possible (*R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 614; *Jordan*, par. 35 et 47; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 24).

II. Analyse

[85] D’entrée de jeu, je précise que je suis d’accord avec les grands principes de l’analyse de mon collègue, le juge en chef Wagner, notamment le fait que dans l’arrêt *Jordan*, la Cour ne traitait pas de l’application des plafonds dans le contexte de la tenue d’un deuxième procès, et qu’il n’est pas nécessaire de fixer de nouveaux plafonds. Je suis également d’accord avec les deux facteurs qu’il propose de considérer afin d’analyser la raisonabilité des délais à la suite d’une ordonnance de nouveau procès, lorsque les délais sont inférieurs au plafond présumé applicable. Je conviens que le deuxième procès devrait, en règle générale, prendre moins de temps que le premier, et que la tenue du deuxième procès doit être priorisée. L’approche retenue par mon collègue permet, notamment, de respecter la finalité d’une ordonnance de nouveau procès lequel, autrement, risquerait d’être « mort-né » (motifs du juge en chef, par. 56). Je n’ai aucune réserve à entériner, pour l’avenir, cette approche. Elle est le reflet du changement de culture imposé par l’arrêt *Jordan* et offre une solution pragmatique; elle précise l’effet d’une ordonnance intimant la tenue d’un nouveau procès sur le calcul des délais, tout en conservant les plafonds prévus dans l’arrêt *Jordan*. Et, j’ajoute que je partagerais fort probablement la conclusion de mon collègue si la question de la raisonabilité des délais se soulevait dans la situation suivante : une ordonnance de nouveau procès a été prononcée alors que tous les délais du premier procès sont survenus *depuis* l’arrêt *Jordan*. Or, ce n’est pas le cas dans le présent dossier.

[86] Ainsi, avec beaucoup d’égards, je ne partage pas le résultat auquel mon collègue arrive, soit que l’accusé ne peut obtenir un arrêt des procédures.

dismiss the appeal and uphold the stay of proceedings entered by the trial judge (2019 QCCQ 1236) and upheld by the Court of Appeal (2020 QCCA 666) because of a key feature of this case: the accused's first trial had been completed and judgment had been reserved by the time this Court rendered its decision in *Jordan*. I will explain.

[87] As my colleague aptly states at para. 68 of his reasons, the *Jordan* ceilings are merely *presumptive*. If they are exceeded, it is open to the prosecution to try to rebut the presumption and show that the delay is reasonable (*Jordan*, at paras. 68 et seq.). Conversely, the defence may attempt to rebut the presumption of reasonableness and show that the delay is unreasonable despite being below the ceiling (*Jordan*, at paras. 82 et seq.).

[88] This presumption of reasonableness may be rebutted through a contextual analysis of delay in which first-trial delay can be considered, as my colleague states (para. 73). In my view, this is one of the exceptional cases in which a stay of proceedings must be entered even though the accused did not raise the infringement of s. 11(b) until after a retrial was ordered. The specific context of the transition from the framework established in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, to the *Jordan* framework created an exceptional circumstance that justifies taking the delay of the first trial into account. When the first-trial delay is considered in assessing the reasonableness of the retrial delay, the presumption that the delay is reasonable is rebutted, notwithstanding the fact that the retrial delay is below the presumptive ceiling (see Chief Justice's reasons, at paras. 68 and 73).

[89] To begin with, silence alone cannot be held against the accused; he does not have to assert his right in order for it to exist (Chief Justice's reasons, at paras. 43-52). An accused may choose not to raise an infringement of s. 11(b) at a first trial and decide instead to tolerate the delay, particularly if they believe they will be acquitted. Seeking an acquittal cannot be viewed as inaction that amounts to illegitimate defence conduct.

Je rejetterais le pourvoi et confirmerais l'arrêt des procédures ordonné par la juge de première instance (2019 QCCQ 1236) et confirmé par la Cour d'appel (2020 QCCA 666), et ce, en raison d'un élément-clé dans le présent dossier : le premier procès de l'accusé était terminé et l'affaire était en délibéré au moment où notre Cour a rendu l'arrêt *Jordan*. Je m'explique.

[87] Comme mon collègue l'énonce avec justesse au par. 68 de ses motifs, les plafonds de l'arrêt *Jordan* ne sont que des plafonds *présumés*. S'ils sont dépassés, il est loisible à la poursuite de tenter de repousser la présomption et de démontrer que les délais sont raisonnables (*Jordan*, par. 68 et suiv.). Inversement, il est possible pour la défense de tenter de repousser la présomption de raisonnabilité et de démontrer que les délais sont déraisonnables, même si en deçà du plafond (*Jordan*, par. 82 et suiv.).

[88] Cette présomption de raisonnabilité peut être renversée au terme d'une analyse contextuelle des délais, laquelle permet de tenir compte des délais du premier procès, comme l'indique mon collègue (par. 73). Le présent dossier est, selon moi, l'un des cas d'exception où l'on doit ordonner l'arrêt des procédures, même si l'accusé n'a soulevé la violation de l'al. 11b) qu'après l'ordonnance de deuxième procès. La situation particulière de la transition du cadre de *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, vers le cadre de *Jordan* a engendré une circonstance exceptionnelle qui justifie de considérer les délais liés au premier procès. Considérer les délais liés au premier procès dans l'évaluation du caractère raisonnable des délais liés au second permet de renverser la présomption de raisonnabilité des délais, et ce, malgré que les délais du deuxième procès se situent en deçà du plafond présumé (voir les motifs du juge en chef, par. 68 et 73).

[89] Tout d'abord, le silence ne peut, à lui seul, être retenu contre l'accusé; ce dernier n'a pas à faire valoir son droit pour qu'il existe (motifs du juge en chef, par. 43-52). Un accusé peut choisir de ne pas soulever une violation de l'al. 11b) lors d'un premier procès en décidant plutôt de tolérer les délais, notamment s'il estime qu'il obtiendra un acquittement. Se défendre dans le but d'obtenir un acquittement ne peut être considéré comme une inaction constitutive d'une conduite illégitime de la défense.

[90] Nor do I think that the accused can be faulted for not raising delay in the Court of Appeal, for two reasons. First, he was *acquitted* at trial. It was the Crown that appealed the case. What then could be reasonably expected of the accused? He had to fight to have the appeal dismissed and the verdict of acquittal upheld. It seems to me that to hold otherwise is a disguised way of reproaching him for wanting an acquittal rather than a stay of proceedings, despite the fact that seeking an acquittal is not a legal strategy.

[91] Second, choosing to raise the issue of delay after trial, in the alternative, would not have been a good defence strategy, especially since, as my colleague says, “only exceptionally will an accused be able to raise this issue for the first time on appeal” (para. 37). In this regard, I agree with the general principles stated by my colleague with respect to new arguments raised for the first time on appeal. Other than in exceptional circumstances, it is not appropriate, once on appeal, to raise the delay in a trial that has come to an end. Appeal courts generally regard the fact that a s. 11(b) motion for a stay of proceedings is brought for the first time on appeal as being “fatal” to the motion (*R. v. Rabba* (1991), 64 C.C.C. (3d) 445 (Ont. C.A.), at p. 447). In *M.G. v. R.*, 2019 QCCA 1170, the Quebec Court of Appeal stated that this is [TRANSLATION] “fatal” largely because bringing such a motion is improper given that the trial judge had no opportunity to assess the evidence and facts in support of it (para. 42 (CanLII)).

[92] As the interveners the Association québécoise des avocats et avocates de la défense quite rightly noted, faulting an accused for not raising such an issue on appeal, while at the same time suggesting that it is improper to do so, creates a no-win situation for the accused. Such a situation is, moreover, especially detrimental to an accused who has been acquitted:

[TRANSLATION] Appeal courts ordinarily find that new grounds of appeal may not be raised in the absence of a

[90] Par ailleurs, je ne suis pas non plus d’avis que l’on puisse reprocher à l’accusé son omission de soulever les délais devant la Cour d’appel, et ce pour deux raisons. Premièrement, l’accusé a été *acquitté* en première instance. C’est le ministère public qui a porté la cause en appel. À ce moment, à quoi pouvait-on raisonnablement s’attendre de l’accusé? Il devait se battre pour faire rejeter l’appel et maintenir le verdict d’acquiescement. Décider autrement me semble une manière déguisée de lui reprocher d’avoir souhaité un acquiescement plutôt qu’un arrêt des procédures, alors que la quête d’un acquiescement n’est pas une stratégie judiciaire.

[91] Deuxièmement, le choix de soulever la question des délais au terme d’un procès, à titre subsidiaire, n’aurait pas été une bonne stratégie de la défense, d’autant plus que, comme mon collègue l’indique, « ce n’est qu’exceptionnellement que l’accusé peut soulever cette question pour la première fois en appel » (par. 37). À cet effet, je partage les principes généraux énoncés par mon collègue en ce qui a trait aux nouveaux moyens présentés pour la première fois en appel. À moins de circonstances exceptionnelles, il est inapproprié, une fois en appel, d’invoquer les délais d’un procès qui est parvenu à terme. De manière générale, les cours d’appel estiment [TRADUCTION] « fatal[e] » la présentation, pour la première fois, d’une requête en arrêt des procédures fondée sur l’al. 11b) en appel (*R. c. Rabba* (1991), 64 C.C.C. (3d) 445 (C.A. Ont.), p. 447). Dans *M.G. c. R.*, 2019 QCCA 1170, la Cour d’appel du Québec précisait que cette « fatal[ité] » découle notamment du fait que la présentation d’une telle requête est inappropriée puisque le juge du procès n’a pas eu la chance d’apprécier la preuve et les faits la soutenant (par. 42 (CanLII)).

[92] Comme le soutenait avec justesse l’intervenante l’Association québécoise des avocats et avocates de la défense, reprocher à un accusé de ne pas soulever une telle question en appel, et en même temps soutenir qu’il est inapproprié de le faire, le place dans une position sans issue. Une telle position est, au surplus, particulièrement préjudiciable envers l’accusé ayant été acquitté :

En effet, les tribunaux d’appel jugent habituellement irrecevables de nouveaux moyens d’appel en l’absence

factual analysis or decision by a trial judge. Similarly, it would be unthinkable for an accused who is acquitted to be able to file a cross-appeal on an issue that has never been raised. An accused who is acquitted has no right of appeal, yet this is the criticism made by the [Crown] against the [accused].

(I.F., at para. 23)

[93] It is therefore problematic to assert that the accused did not raise delay in a timely manner, given the fact that he was acquitted at trial and that he was, all things considered, restricted by law from raising it on appeal. At what point could he allege an infringement of his *Charter* right? Does an accused have to choose between the right to an acquittal, which flows from the presumption of innocence also guaranteed by the *Charter*, and the right to be tried within a reasonable time?

[94] Accordingly, and with respect, the result reached by my colleague strikes me as harsh and seems to disregard a fundamental fact: the accused's first trial had been completed and judgment had been reserved by the time this Court rendered its decision in *Jordan* on July 8, 2016. In my view, the delay in this case is markedly longer than it reasonably should have been. The fact that the retrial delay is below the presumptive ceiling does not protect all of the delay from the application of s. 11(b). The specific context of the transition from the subjective *Morin* framework to the prospective *Jordan* framework created an exceptional circumstance that justifies upholding the stay of proceedings.

[95] In reality, it has been more than 11 years since the respondent was charged, and his fate has still not been conclusively determined. Certain facts must be recalled. The delay from the first trial is 63 months and 8 days (1,924 days), only 1 day of which is attributable to the defence. A period of 38 days qualifies as a discrete event: the accused's counsel was appointed to the bench, which caused a delay. The net first-trial delay is therefore 62 months. The accused was charged on February 8, 2011, his trial ended on May 16, 2016, and judgment was reserved prior to *Jordan*. It was not until February 10, 2017,

de décision ou analyse factuelle par un juge de première instance. De même, en cas d'acquittement, il serait inconcevable que l'accusé puisse déposer un appel incident quant à une question qui n'a jamais été soulevée. Il n'y a pas de droit d'appel pour un accusé acquitté, ce que reproche pourtant [le ministère public à l'accusé].

(m. interv., par. 23)

[93] En conséquence, soutenir que l'accusé n'a pas invoqué les délais en temps utile, alors qu'il a été acquitté en première instance, et que le droit le restreint, tout compte fait, de les invoquer en appel, est problématique. À quel moment peut-il invoquer que son droit garanti par la *Charte* a été violé? Un accusé doit-il faire un choix entre le droit à un acquittement, lequel découle de la présomption d'innocence, elle aussi garantie par la *Charte*, et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable?

[94] Dès lors et avec égards, le résultat auquel mon collègue arrive m'apparaît sévère et semble faire abstraction d'un fait fondamental : le premier procès de l'accusé était terminé et l'affaire était en délibéré le 8 juillet 2016, date à laquelle notre Cour a rendu l'arrêt *Jordan*. Je suis d'avis que les délais, en l'espèce, sont nettement plus longs que ce qu'ils auraient raisonnablement dû être. Le fait que le délai du second procès soit en deçà du plafond présumé n'a pas pour effet de soustraire la totalité des délais à l'application de l'al. 11b). La situation particulière de la transition du cadre subjectif de *Morin* vers le cadre prospectif de *Jordan* a engendré une circonstance exceptionnelle qui justifie de confirmer l'arrêt des procédures.

[95] Dans les faits, plus de 11 ans se sont écoulés depuis l'inculpation de l'intimé et son sort n'est toujours pas scellé de manière définitive. Il convient de rappeler certains faits. Le délai du premier procès est de 63 mois et 8 jours (1924 jours) desquels seulement 1 jour est imputable à la défense. Une période de 38 jours se qualifie d'événement distinct : l'avocat qui représentait l'accusé a été nommé à la magistrature, ce qui a occasionné un délai. Le délai net du premier procès est donc de 62 mois. L'accusé a été inculpé le 8 février 2011, son procès s'est conclu le 16 mai 2016 et l'affaire a été mise en délibéré, avant que soit rendu

that the verdict was finally rendered: the accused was acquitted of all the charges against him. The Crown appealed the acquittal, and on June 13, 2018, the Court of Appeal ordered a new trial. Between June and November 2018, the accused did not know who would represent him at his new trial. An agreement was not reached until November 21, 2018, when the accused's counsel who represented him in the Court of Appeal accepted a mandate to defend him at the new trial. Just over a month later, on December 28, 2018, the accused filed his motion for a stay of proceedings for unreasonable delay.

[96] The Crown's conduct following the order for a new trial warrants further comment. The delay between the order and the anticipated end date for the retrial, May 31, 2019, was 11 months. However, it was not until the accused filed his motion for a stay of proceedings that the prosecution, for the first time since 2011, adopted a proactive stance and took the necessary steps to move up the accused's retrial. The anticipated retrial delay then became 10 months and 5 days. However, in this case, even such a delay below the presumptive ceiling does not make it possible to disregard the first-trial delay.

[97] Although the charges involved are serious, this is not a complex case with an abundance of evidence. While the accused made sure that he had all the evidence in his possession in order to avoid a possible postponement of the trial, in addition to accepting the first dates available, the prosecution's actions are difficult to reconcile with the proactivity that is now expected of it. Despite the fact that the evidence already existed, the accused's counsel struggled to gain access to it.

[98] By the time a new trial was ordered on June 13, 2018, nearly two years had passed since *Jordan*. Not only was the Crown well aware of its obligations, but in addition, earlier dates were offered as soon as the motion for a stay of proceedings was served. Yet the retrial was treated [TRANSLATION] "in the same manner as if it were a first trial" (R.F., at para. 94).

l'arrêt *Jordan*. Ce n'est que le 10 février 2017 que le verdict est finalement rendu : l'accusé est acquitté de tous les chefs d'accusation portés contre lui. À la suite de l'acquiescement, le ministère public porte la cause en appel et le 13 juin 2018, la Cour d'appel ordonne un nouveau procès. Entre juin et novembre 2018, l'accusé ignore qui le représentera dans le cadre de son nouveau procès. Ce n'est que le 21 novembre 2018 qu'une entente est conclue et que l'avocat qui représentait l'accusé devant la Cour d'appel accepte le mandat d'assurer sa défense dans le cadre du nouveau procès. Un peu plus d'un mois plus tard, le 28 décembre 2018, l'accusé dépose sa requête en arrêt des procédures pour délai déraisonnable.

[96] La conduite du ministère public à la suite de l'ordonnance de nouveau procès mérite que l'on s'y attarde. Le délai entre l'ordonnance et la fin du second procès est de 11 mois, sa fin anticipée étant le 31 mai 2019. Toutefois, ce n'est qu'au moment où l'accusé dépose sa requête en arrêt des procédures que la poursuite adopte, pour la première fois depuis 2011, une attitude proactive et prend les moyens nécessaires pour devancer le second procès de l'accusé. Dès lors, le délai anticipé du second procès est de 10 mois et 5 jours. Or, en l'espèce, même un tel délai en deçà du plafond présumé ne permet pas de faire abstraction des délais du premier procès.

[97] Bien qu'il soit question d'accusations sérieuses, il ne s'agit pas d'un dossier complexe où la preuve est volumineuse. Alors que l'accusé s'assurait d'avoir en sa possession l'ensemble de la preuve pour éviter un report potentiel du procès, en plus d'accepter les premières dates disponibles, les actions de la poursuite se concilient mal avec la proactivité qui est maintenant attendue de sa part. Quoique la preuve est déjà existante, l'avocat de l'accusé peine à y avoir accès.

[98] Au moment de l'ordonnance de nouveau procès, le 13 juin 2018, il s'est déjà écoulé près de deux ans depuis l'arrêt *Jordan*. Le ministère public est non seulement bien au fait des obligations qui lui incombent, mais au surplus, dès la signification de la requête en arrêt des procédures, des dates plus rapprochées sont offertes. Malgré tout, le second procès a été traité « de la même manière que s'il s'agissait d'un premier procès » (m.i., par. 94).

[99] It seems to me that such a situation corresponds perfectly to the circumstances referred to by my colleague at para. 73 of his reasons. The Crown failed to prioritize the accused's case. In this context, even a delay of 10 months and 5 days in a non-complex case like this one is sufficiently long to justify taking the first-trial delay into account. Moreover, I note that such a situation is unlikely to happen again, as *Jordan* was decided more than five years ago. The fact remains that the system failed to try the accused in a diligent and reasonable manner. The stay of proceedings must be upheld; excessive delays cannot be tolerated.

[100] I cannot fault the accused for not acting proactively and filing a motion for a stay of proceedings before the end of his first trial. He had a right to have the trial completed and to obtain an acquittal. Fighting to secure an acquittal is a right, not a strategy. Nor can I bring myself to fault the accused for not acting in keeping with a culture shift that had not occurred at the time of the events. As I have said, the new framework is prospective. Not only had the culture shift not yet taken place, but the conduct of the prosecution and the court was the primary cause of the delay in the first trial. If the accused may not benefit from the delay he causes to obtain a stay of proceedings, it stands to reason that the prosecution cannot wipe the slate clean of the 62 months of first-trial delay attributable to it simply because the constitutional clock is reset "to zero" (Chief Justice's reasons, at para. 60).

[101] At the risk of repeating myself, it took 62 months to complete a trial that was supposed to last 2 days. More than eight months were then needed to reach a verdict of acquittal. A new trial was subsequently ordered, *on the application of the Crown*, because of errors in the trial judgment. Apart from the 39 days mentioned above, the accused's conduct was beyond reproach between the charges in February 2011 and the order for a new trial in June 2018. Once his counsel was mandated, the motion for a stay of proceedings was filed little more than a month later,

[99] Il me semble qu'une telle situation correspond parfaitement aux circonstances auxquelles mon collègue fait référence au par. 73 de ses motifs. Le ministère public a échoué à prioriser le dossier de l'accusé. Dans ce contexte, même un délai de 10 mois et 5 jours, dans un dossier non complexe comme celui-ci, est suffisamment long pour qu'il soit justifié de tenir compte des délais du premier procès. Qui plus est, je note qu'une telle situation ne risque plus de se reproduire, l'arrêt *Jordan* ayant été rendu depuis plus de cinq ans. Il n'en demeure pas moins que le système a failli à juger l'accusé d'une manière diligente et raisonnable. L'arrêt des procédures doit être confirmé; les délais excessifs ne peuvent être tolérés.

[100] Je ne peux reprocher à l'accusé d'avoir omis d'agir de manière proactive et de présenter une requête en arrêt des procédures avant la fin de son premier procès. L'accusé avait le droit que le procès soit mené à terme et d'obtenir un acquittement. Se battre pour obtenir un acquittement n'est pas une stratégie, c'est un droit. Je ne peux, non plus, me résoudre à reprocher à l'accusé une conduite incohérente avec un changement de culture qui n'existait pas au moment des faits. Je le rappelle, le nouveau cadre est prospectif. Non seulement le changement de culture n'était pas encore en vigueur, mais c'est principalement la conduite de la poursuite et du tribunal qui est la cause des délais encourus lors du premier procès. Si l'accusé ne peut profiter des délais qu'il cause pour obtenir un arrêt des procédures, il va de soi que la poursuite ne peut faire table rase des 62 mois de délais qui lui sont imputables lors du premier procès, au seul prétexte que l'horloge constitutionnelle est remise « à zéro » (motifs du juge en chef, par. 60).

[101] Au risque de me répéter, il a fallu 62 mois pour mener à terme un procès qui devait durer 2 jours. Plus de huit mois ont ensuite été nécessaires pour rendre un verdict d'acquittement. Un nouveau procès est ensuite ordonné en raison d'erreur dans le jugement de première instance, *à la demande du ministère public*. Mis à part les 39 jours mentionnés précédemment, entre l'inculpation en février 2011 et l'ordonnance de nouveau procès en juin 2018, la conduite de l'accusé est irréprochable. Une fois l'avocat de l'accusé mandaté, la requête en arrêt des procédures n'est déposée

in December 2018. The accused cannot be faulted for not acting in a timely manner: in nearly 8 years of proceedings, only a period of 39 days from the first trial can be attributed to him.

[102] In my view, the accused is entitled to a stay of proceedings. He was a victim of the culture of complacency specifically addressed by *Jordan*. Given the uncertainty of the previous *Morin* framework, the fact that the accused did not move for a stay of proceedings cannot be held against him. He had a right to have the trial completed and to obtain an acquittal. This is a case in which the presumption that the delay is reasonable is rebutted. To conclude otherwise would be to lay on the accused's shoulders the prosecution's failure to bring him to trial in a manner respectful of his fundamental rights.

III. Conclusion

[103] I would dismiss the appeal and uphold the stay of proceedings.

Appeal allowed, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.

Solicitor for the respondent: Diego Gramajo avocat, Montréal.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Henein Hutchison, Toronto; Andrew Burgess, Toronto.

qu'un peu plus d'un mois plus tard, en décembre 2018. On ne peut reprocher à l'accusé d'avoir failli agir en temps utile : on peut seulement lui imputer une période de 39 jours survenue lors du premier procès, sur près de 8 ans de procédures.

[102] Je suis d'avis que l'accusé a droit à un arrêt des procédures. Ce dernier a été victime de la culture de complaisance à laquelle l'arrêt *Jordan* s'est précisément attaqué. Vu l'incertitude de l'ancien cadre de *Morin*, il ne peut être retenu contre l'accusé d'avoir omis de présenter une requête en arrêt des procédures. Il avait le droit que le procès soit mené à terme et d'obtenir un acquittement. Il s'agit d'un cas où la présomption de raisonabilité du délai est renversée. Conclure autrement ferait reposer sur les épaules de l'accusé l'échec de la poursuite à le traduire en justice dans le respect de ses droits fondamentaux.

III. Conclusion

[103] Je rejetterais le pourvoi et confirmerais l'arrêt des procédures.

Pourvoi accueilli, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.

Procureur de l'intimé : Diego Gramajo avocat, Montréal.

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

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 and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Henein Hutchison, Toronto; Andrew Burgess, Toronto.

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Marcoux Elayoubi Raymond, Longueuil.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil: Walid Hijazi, Montréal; Grey Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Marcoux Elayoubi Raymond, Longueuil.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal-Laval-Longueuil : Walid Hijazi, Montréal; Grey Casgrain, Montréal.

Matthew Winston Brown *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British
Columbia, Attorney General of
Saskatchewan, Canadian Civil
Liberties Association, Empowerment
Council, Criminal Lawyers'
Association and Women's Legal
Education and Action Fund Inc.**
Interveners

INDEXED AS: R. v. BROWN

2022 SCC 18

File No.: 39781.

2021: November 9; 2022: May 13.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Reasonable limits — Section 33.1 of Criminal Code preventing accused from raising common law defence of self-induced intoxication akin to automatism — Whether s. 33.1 violates principles of fundamental justice or presumption of innocence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 33.1.

At a house party, B consumed alcohol and magic mushrooms. Magic mushrooms contain psilocybin, an illegal drug that can bring about hallucinations. B lost his grip on reality and left the house. B was not simply drunk or high: while capable of physical movement, he

Matthew Winston Brown *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Colombie-
Britannique, procureur général
de la Saskatchewan, Association
canadienne des libertés civiles,
Empowerment Council, Criminal
Lawyers' Association et Fonds
d'action et d'éducation juridique
pour les femmes** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BROWN

2022 CSC 18

N° du greffe : 39781.

2021 : 9 novembre; 2022 : 13 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Limites raisonnables — Article 33.1 du Code criminel empêchant l'accusé d'invoquer la défense en common law d'intoxication volontaire s'apparentant à l'automatisme — L'article 33.1 viole-t-il les principes de justice fondamentale ou la présomption d'innocence? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 33.1.

Lors d'une fête dans une résidence privée, B a consommé de l'alcool et des champignons magiques. Les champignons magiques contiennent de la psilocybine, une drogue illégale susceptible de provoquer des hallucinations. B a perdu contact avec la réalité et est sorti de la maison. B n'était pas

was in a psychotic state and had no willed control over his actions. He broke into the nearby house of a stranger and attacked the occupant, causing permanent injuries. He then broke into another residence and the occupants called the police. B was charged with break and enter and aggravated assault, and with break and enter and mischief to property over \$5,000.

At trial, B argued that he was not guilty of the offences by reason of automatism caused by the consumption of psilocybin. Expert evidence adduced at trial confirmed that B had no voluntary control over his conduct at the time. The Crown invoked s. 33.1 of the *Criminal Code* as a means of precluding B from relying on self-induced intoxication akin to automatism as a defence to the charge of aggravated assault. Parliament added s. 33.1 to the *Criminal Code* in response to *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63. The Court in *Daviault* confirmed the common law rule that intoxication is not a defence to crimes of general intent, but a majority recognized that the *Charter* mandated an exception where intoxication is so extreme that an accused falls into a condition akin to automatism and is incapable of voluntarily committing a guilty act or of having a guilty mind. Section 33.1 was enacted to address the constitutional failings identified by the majority in *Daviault* in a manner that would properly reflect the blameworthiness of the extremely self-intoxicated accused identified by the dissent. Section 33.1 blocks the defence of automatism for general intent crimes designated in s. 33.1(3), including aggravated assault and sexual assault.

B challenged the constitutionality of s. 33.1. The *voir dire* judge concluded that s. 33.1 violates the principles of fundamental justice and the presumption of innocence guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and that the violations are not justified pursuant to s. 1 of the *Charter*. He declared s. 33.1 to be of no force and effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. As a result, B was entitled to raise the defence of extreme intoxication akin to automatism at trial. The trial judge found that the defence was an answer to both charges and entered acquittals. The Court of Appeal reversed the declaration that s. 33.1 was of no force or effect, set aside the acquittal on the count of break and enter and aggravated assault, and entered a

simplement ivre ou drogué : bien que capable de mouvements physiques, il se trouvait dans un état de psychose et n'avait aucune maîtrise de ses gestes. Il s'est introduit par effraction dans une maison située à proximité appartenant à une étrangère et a agressé l'occupante, lui infligeant des blessures permanentes. Il s'est ensuite introduit par effraction dans une autre résidence, et les occupants ont appelé la police. B a été accusé d'introduction par effraction et de voies de fait graves, ainsi que d'introduction par effraction et de méfait à l'égard d'un bien de plus de 5 000 \$.

Au procès, B affirmé qu'il n'était pas coupable des infractions, pour cause d'automatisme résultant de la consommation de psilocybine. La preuve d'expert présentée au procès a confirmé que B n'avait pas la maîtrise de ses actes au moment des faits reprochés. La Couronne a invoqué l'art. 33.1 du *Code criminel* pour empêcher B de plaider l'intoxication volontaire s'apparentant à l'automatisme comme moyen de défense contre l'accusation de voies de fait graves. Le Parlement a ajouté l'art. 33.1 au *Code criminel* en réaction à l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. Dans *Daviault*, la Cour a confirmé la validité de la règle de common law suivant laquelle l'intoxication n'est pas un moyen de défense opposable aux crimes d'intention générale, mais les juges majoritaires ont reconnu qu'en raison de la *Charte*, il était nécessaire de prévoir une exception lorsque l'accusé est dans un état d'intoxication si extrême qu'il se trouve dans un état s'apparentant à l'automatisme et qu'il est incapable de commettre volontairement un acte coupable ou d'avoir une intention coupable. L'article 33.1 a été adopté afin de remédier aux lacunes constitutionnelles relevées par les juges majoritaires dans l'arrêt *Daviault* d'une manière qui tienne dûment compte des propos formulés dans cet arrêt par le juge dissident au sujet de la culpabilité d'un accusé qui s'intoxique à l'extrême volontairement. L'article 33.1 fait obstacle à la défense d'automatisme pour tous les crimes d'intention générale visés par le par. 33.1(3), dont les voies de fait graves et l'agression sexuelle.

B a contesté la constitutionnalité de l'art. 33.1. Le juge qui a tenu le voir-dire a conclu que l'art. 33.1 violait les principes de justice fondamentale et la présomption d'innocence garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, et que les violations n'étaient pas justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a déclaré l'art. 33.1 inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, B avait le droit d'invoquer au procès le moyen de défense de l'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme. La juge du procès a estimé que la défense pouvait être opposée aux deux accusations, et elle a inscrit des acquittements. La Cour d'appel a infirmé le jugement qui avait déclaré l'art. 33.1 inopérant, annulé l'acquittement

conviction for that offence. The acquittal on the mischief charge was unaffected by s. 33.1 and not appealed.

Held: The appeal should be allowed. Section 33.1 of the *Criminal Code* should be declared unconstitutional and of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The acquittal on the count of unlawful break and enter of a dwelling house and committing aggravated assault therein should be restored.

This is not a drunkenness case. B consumed a drug which, taken in combination with alcohol, provoked psychotic, delusional and involuntary conduct. Criminal liability for violent conduct produced by alcohol alone, short of the psychotic state akin to automatism experienced by B, is not in issue. The outcome of the declaration of unconstitutionality with respect to s. 33.1 has no impact on the rule that intoxication short of automatism is not a defence to violent crimes of general intent, such as assault or sexual assault. While s. 33.1 is unconstitutional, there may well have been other paths for Parliament to achieve its legitimate aims connected to combatting extreme intoxicated violence. The sense that an accused who acts violently in a state of extreme self-induced intoxication is morally blameworthy is by no means beyond the proper reach of the criminal law. Protecting the victims of violent crime — particularly in light of the equality and dignity interests of women and children who are vulnerable to intoxicated sexual and domestic violence — is a pressing and substantial social purpose. And it was not impermissible for Parliament to enact legislation seeking to hold an extremely intoxicated person accountable for a violent crime when they chose to create the risk of harm by ingesting intoxicants.

Section 33.1(1) of the *Criminal Code* eliminates the defence of self-induced intoxication akin to automatism applied to the violent offences identified in s. 33.1(3) where the accused departs markedly from the standard of care described in s. 33.1(2). Section 33.1 does not create a new predicate act offence of self-induced extreme intoxication or a new criminal negligence offence. The accused faces the full stigma of conviction and the full brunt of punishment for the general intent offence pointed to in s. 33.1(3). Section 33.1 applies when three conditions are met: the accused

à l'égard du chef d'introduction par effraction et de voies de fait graves, et inscrit une déclaration de culpabilité relativement à cette infraction. L'acquiescement relatif à l'accusation de méfait n'était pas visé par l'art. 33.1 et n'a pas été porté en appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'article 33.1 du *Code criminel* est déclaré inconstitutionnel et inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'acquiescement prononcé relativement au chef d'accusation d'entrée par effraction dans une maison d'habitation et d'y avoir commis des voies de fait graves est rétabli.

Il ne s'agit pas d'une affaire d'ivresse. B a consommé une drogue qui, prise avec de l'alcool, a provoqué un comportement psychotique, délirant et involontaire. La responsabilité criminelle à l'égard d'actes violents provoqués seulement par l'alcool, qui ne relèvent pas de l'état psychotique s'apparentant à l'automatisme vécu par B, n'est pas en cause. Le sort de la déclaration d'inconstitutionnalité visant l'art. 33.1 n'a aucune incidence sur la règle voulant que l'intoxication sans automatisme ne soit pas un moyen de défense opposable aux crimes violents d'intention générale, telles les voies de fait ou l'agression sexuelle. Bien que l'art. 33.1 soit inconstitutionnel, le Parlement aurait très bien pu recourir à d'autres moyens pour réaliser ses objectifs légitimes en matière de lutte contre la violence perpétrée en état d'intoxication extrême. L'idée selon laquelle l'accusé qui se livre à des actes de violence alors qu'il se trouve dans un état d'intoxication volontaire extrême est moralement blâmable n'est pas exclue du champ d'application légitime du droit criminel. La protection des victimes de crimes violents — surtout à la lumière du droit à l'égalité et à la dignité des femmes et des enfants qui sont susceptibles d'être victimes de violences sexuelles et familiales aux mains de personnes intoxiquées — constitue un objectif social urgent et réel. Il était loisible au Parlement d'adopter une disposition législative visant à tenir des personnes extrêmement intoxiquées responsables d'un crime violent lorsqu'elles ont choisi de créer le risque de préjudice en ingérant des substances intoxicantes.

Le paragraphe 33.1(1) du *Code criminel* abolit le moyen de défense fondé sur l'intoxication volontaire s'apparentant à l'automatisme dans le cas des infractions violentes énumérées au par. 33.1(3) lorsque l'accusé s'écarte de façon marquée de la norme de diligence énoncée au par. 33.1(2). L'article 33.1 ne crée pas une nouvelle infraction sous-jacente d'intoxication volontaire extrême ou une nouvelle infraction fondée sur la négligence criminelle. L'accusé doit supporter toute l'infamie d'une déclaration de culpabilité et toute la rigueur de la

was intoxicated at the material time, the intoxication was self-induced, and the accused departed markedly from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society by interfering or threatening to interfere with the bodily integrity of another person. When these three things are proved, it is not a defence that the accused lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence named in s. 33.1(3). The requirements of s. 33.1 are not, together or separately, a measure of fault; they are conditions of liability, as the use of the word “while” in s. 33.1(2) confirms. The marked departure described in s. 33.1(2) depends on proof of two facts: that the person was in a state of self-induced intoxication that rendered them unaware of, or incapable of controlling, their behaviour, and that the violent act occurred while they were in that state. These facts are conditions of liability and not measures of fault because neither of them import a criminal negligence standard. Thus s. 33.1 deems criminal fault for the violent offence to be present based on the accused’s choice to become intoxicated. What Parliament sought was to impose liability for the charged offence, and not the act of self-induced intoxication itself.

The rights of victims of intoxicated violence, in particular the rights of women and children, should be considered at the justification stage under s. 1 of the *Charter* rather than informing the analysis of a possible breach of the accused’s rights under s. 7. Balancing competing *Charter* rights under the breach analysis should occur where the rights of the accused and another party conflict and are directly implicated by state action. The equality, dignity and security interests of vulnerable groups informed the overarching public policy goals of Parliament but they are best considered under s. 1.

Section 33.1 breaches s. 7 of the *Charter* by allowing a conviction without proof of *mens rea* or proof of voluntariness. It is a principle of fundamental justice that proof of penal negligence, in the form of a marked departure from the standard of a reasonable person, is minimally required for a criminal conviction, unless the specific nature of the crime demands subjective fault. Section 33.1 requires an intention to become intoxicated but intention to become

peine infligée pour l’infraction d’intention générale visée au par. 33.1(3). L’article 33.1 s’applique lorsque les trois conditions suivantes sont réunies : l’accusé était intoxiqué au moment des faits, cette intoxication était volontaire et l’accusé s’est écarté de façon marquée de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne en portant atteinte ou en menaçant de porter atteinte à l’intégrité physique d’autrui. Lorsque ces trois éléments sont démontrés, l’accusé ne peut invoquer comme moyen de défense le fait qu’il n’avait pas l’intention générale ou la volonté requise pour commettre l’infraction visée au par. 33.1(3). Les conditions prévues à l’art. 33.1 ne constituent pas, ensemble ou séparément, une faute. Il s’agit des conditions de la responsabilité de l’accusé, comme le confirme l’emploi des mots « alors que » au par. 33.1(2). Pour établir l’existence de l’écart marqué décrit au par. 33.1(2), il faut faire la preuve de deux faits : la personne était dans un état d’intoxication volontaire qui la rendait inconsciente de sa conduite ou incapable de se maîtriser, et l’acte violent a été commis alors qu’elle se trouvait dans cet état. Ces faits sont des conditions à remplir pour engager la responsabilité, et non une faute, étant donné que ni l’un ni l’autre de ces éléments ne fait intervenir une norme de négligence criminelle. En conséquence, l’art. 33.1 renferme une présomption de faute criminelle à l’égard de l’infraction violente en raison du choix de l’accusé de s’intoxiquer. Ce que le Parlement voulait, c’était d’imposer une responsabilité pour l’infraction reprochée, et non pour l’intoxication volontaire en soi.

Les droits des victimes d’actes de violence commis par des personnes en état d’intoxication, en particulier les droits des femmes et des enfants, devraient être examinés à l’étape de la justification en vertu de l’article premier de la *Charte* au lieu de guider l’analyse d’une éventuelle violation des droits garantis à l’accusé par l’art. 7. La mise en balance des droits opposés garantis par la *Charte* dans le cadre de l’analyse relative à la violation de la *Charte* devrait se faire lorsque les droits de l’accusé et ceux d’une autre partie entrent en conflit et sont directement touchés par une action de l’État. Les droits à l’égalité, à la dignité et à la sécurité des groupes vulnérables sont à la base des principaux objectifs de politique sociale du Parlement, mais il est préférable de les examiner au regard de l’article premier.

L’article 33.1 contrevient à l’art. 7 de la *Charte* en permettant une déclaration de culpabilité sans preuve de *mens rea* ou preuve de volonté. Un principe de justice fondamentale veut qu’une déclaration de culpabilité criminelle exige au minimum la preuve d’une négligence pénale, sous la forme d’un écart marqué par rapport à la norme d’une personne raisonnable, sauf si la nature précise du crime exige une faute subjective. L’article

intoxicated to any degree suffices — it matters little that a person did not foresee their loss of awareness or control, and nothing is said about the licit or illicit nature of the intoxicant or its known properties. For this reason, while s. 33.1 applies to those who recklessly invite their loss of control, it also captures unexpected involuntariness, for example an unexpected reaction to a prescribed pain medication. It also imposes criminal liability where a person's intoxication carries no objective foreseeability of harm. Furthermore, instead of asking whether a reasonable person would have foreseen the risk and taken steps to avoid it and whether the failure to do so amounted to a marked departure from the standard of care expected in the circumstances, s. 33.1 deems a marked departure to be present whenever a violent act occurs while the person is in a state of extreme voluntary intoxication akin to automatism. Since s. 33.1 allows the court to convict an accused without proof of the constitutionally required *mens rea*, it violates s. 7 of the *Charter*. Section 33.1 also directs that an accused person is criminally responsible for their involuntary conduct. Because involuntariness negates the *actus reus* of the offence, involuntary conduct is not criminal, and the law recognizes that voluntariness for the conviction of a crime is a principle of fundamental justice.

Section 33.1 also breaches the right to be presumed innocent until proven guilty guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. To convict the accused, the Crown must prove all the essential elements of an offence beyond a reasonable doubt. A direction from Parliament that proof of one fact is presumed to satisfy proof of one of the essential elements of an offence can only comply with s. 11(d) if, in all cases, proof of the substituted fact leads inexorably to the conclusion that the essential element it replaces exists. Otherwise, the substitution may result in the accused being convicted, based on proof of the substituted fact, despite the existence of a reasonable doubt as to the essential element of the offence that it replaces. Section 33.1 improperly substitutes proof of self-induced intoxication for proof of the essential elements of an offence. The fault and voluntariness of intoxication are substituted for the fault and voluntariness of the violent offence. This amounts to a constitutionally improper substitution. It cannot be said that in all cases under s. 33.1, the intention to become intoxicated can be substituted for the intention to commit a violent offence.

33.1 exige l'intention de s'intoxiquer, mais l'intention de s'intoxiquer à n'importe quel degré suffit — il importe peu que l'individu n'ait pas prévu sa perte de conscience ou de maîtrise, et l'article est muet sur le caractère licite ou illicite de la substance intoxicante ou sur ses propriétés connues. Pour cette raison, bien que l'art. 33.1 s'applique à ceux qui provoquent de manière téméraire leur perte de maîtrise, il englobe également la manifestation inattendue d'un comportement involontaire, par exemple la réaction imprévue à un médicament prescrit contre la douleur. Il impose également une responsabilité criminelle lorsque l'intoxication ne s'accompagne pas de la prévisibilité objective d'un préjudice. En outre, au lieu d'inviter le tribunal à se demander si une personne raisonnable aurait prévu le risque et pris des mesures pour l'éviter et si l'omission de l'avoir fait constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence attendue dans les circonstances, l'art. 33.1 dispose qu'un écart marqué est réputé exister dès lors que la personne commet un acte violent alors qu'elle est dans un état d'intoxication volontaire extrême s'apparentant à l'automatisme. Puisque l'art. 33.1 permet à un tribunal de déclarer un accusé coupable sans preuve de la *mens rea* exigée par la Constitution, il viole l'art. 7 de la *Charte*. L'article 33.1 prévoit également que l'accusé est criminellement responsable de sa conduite involontaire. Comme l'absence de volonté écarte l'*actus reus* de l'infraction, la conduite involontaire n'est pas criminelle, et le droit reconnaît que l'exigence relative au caractère volontaire requis pour qu'une personne soit déclarée coupable d'un crime est un principe de justice fondamentale.

L'article 33.1 viole aussi le droit garanti à l'accusé par l'al. 11d) de la *Charte* d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. Pour faire déclarer l'accusé coupable, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments essentiels d'une infraction. Une directive du Parlement selon laquelle la preuve d'un fait est présumée être la preuve de l'un des éléments essentiels d'une infraction ne peut être conforme à l'al. 11d) que si, dans tous les cas, la preuve du fait substitué mène inexorablement à la conclusion que l'élément essentiel qu'il remplace existe. Sinon, l'accusé risque d'être déclaré coupable, sur le fondement de la preuve du fait substitué, malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à l'élément essentiel de l'infraction ainsi remplacé. L'article 33.1 substitue irrégulièrement la preuve de l'intoxication volontaire à la preuve des éléments essentiels d'une infraction. La faute et la volonté de s'intoxiquer sont substituées à la faute et à l'intention de commettre l'infraction violente. Cela constitue une substitution irrégulière sur le plan constitutionnel. Il est impossible d'affirmer que, dans tous les cas prévus à l'art. 33.1, on peut substituer l'intention de s'intoxiquer à l'intention de commettre une infraction violente.

Parliament had before it a record that highlighted the strong correlation between alcohol and drug use and violent offences, in particular against women, and brought to the fore of Parliament's attention the equality, dignity, and security rights of all victims of intoxicated violence. Parliament's protective public goals cannot be understated: these interests bear meaningful attention at both principal steps in the s. 1 analysis. But the Crown must show on a balance of probabilities that the limits of ss. 7 and 11(d) brought by s. 33.1 are reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. Given the patent risk that s. 33.1 may result in the conviction of an accused person who had no reason to believe that their voluntary intoxication would lead to a violent consequence, s. 33.1 fails at the proportionality step and thus cannot be saved under s. 1.

With respect to pressing and substantial purpose, the purpose of a provision must be properly identified with a view to justifying the infringement of the *Charter*, otherwise the exercise is not helpful for the balancing mandated by s. 1. In enacting s. 33.1, Parliament blocked the defence of automatism for the extremely intoxicated offender for two legitimate purposes: to protect the victims of extremely intoxicated violence, with particular attention to women and children whose equal place in society is compromised by sexual assault and other violent crimes of general intent in such circumstances; and to call offenders to answer for their choice to voluntarily ingest intoxicants where that choice creates a risk of violent crime. The protective purpose is sufficiently pressing and substantial to warrant limiting *Charter* rights — the protection of the public from intoxicated offenders is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. As for the accountability objective, it rests on a philosophical idea that one should not be able to create the conditions of one's own criminal defence to block liability for the crime committed. An individual is responsible for their involuntary state because that person's choice to ingest intoxicants and become extremely intoxicated ultimately creates a risk of violence. Stated in this manner, accountability in this context is pressing and substantial and fits appropriately within the *Oakes* analysis.

Le Parlement disposait d'un dossier faisant ressortir la forte corrélation qui existe entre la consommation d'alcool et de drogues et la perpétration d'infractions violentes, en particulier contre les femmes, et le dossier a attiré l'attention du Parlement sur les droits à l'égalité, à la dignité et à la sécurité de toutes les victimes d'actes de violence commis par des individus en état d'intoxication. Les objectifs de protection du public visés par le Parlement ne doivent pas être sous-estimés : ces enjeux méritent une attention particulière aux deux principales étapes de l'analyse fondée sur l'article premier. La Couronne doit toutefois démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les limites imposées à l'art. 7 et à l'al. 11d) par l'art. 33.1 sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*. Étant donné le risque manifeste que l'art. 33.1 entraîne la déclaration de culpabilité d'un accusé qui n'avait aucune raison de croire que son intoxication volontaire donnerait lieu à des actes violents, l'art. 33.1 échoue à l'étape de la proportionnalité et ne peut donc être sauvegardé en vertu de l'article premier.

En ce qui concerne l'objectif urgent et réel, il faut cerner correctement l'objectif d'une disposition afin de justifier l'atteinte à la *Charte*, sinon l'opération n'est pas utile pour la mise en balance exigée par l'article premier. En adoptant l'art. 33.1, le Parlement a refusé au contrevenant extrêmement intoxiqué la défense d'automatisme pour réaliser deux objectifs légitimes : protéger les victimes d'actes de violence commis par un contrevenant en état d'intoxication extrême, en portant une attention particulière aux femmes et aux enfants dont le droit à la place égale dans la société est compromis par les agressions sexuelles et d'autres crimes violents d'intention générale en pareilles circonstances; et obliger les contrevenants à répondre de leur choix d'ingérer volontairement des substances intoxicantes, lorsque ce choix risque de donner lieu à un crime violent. L'objectif de protection est suffisamment urgent et réel pour justifier la restriction de droits garantis par la *Charte* — la protection du public contre les contrevenants en état d'intoxication est d'une importance suffisante pour justifier la dérogation à un droit ou à une liberté protégée par la Constitution. Quant à l'objectif de responsabilisation, il repose sur l'idée philosophique qu'un individu ne devrait pas être en mesure de créer les conditions de sa propre défense au criminel pour se soustraire à la responsabilité du crime commis. Un individu est responsable de son absence de volonté parce que son choix d'ingérer des substances intoxicantes et de devenir extrêmement intoxiqué finit par créer un risque de violence. Formulée ainsi, la responsabilisation dans ce contexte est urgente et réelle, et elle cadre bien dans l'analyse prescrite par *Oakes*.

The deterrent and denunciating effects of s. 33.1 provide a rational connection to Parliament's protective objective. While it is true that s. 33.1 applies to an accused who could not have foreseen the risk of a loss of control or of bodily harm, it also extends to situations in which there was a foreseeable risk of a loss of control and harm. Thus, an individual who consumes an intoxicant with psychosis-inducing effects, including those who know they lost control of their conduct while in a drug-induced psychosis in the past, will be caught by s. 33.1. It is reasonable that Parliament would expect the provision to hold some modest deterrent effect for such individuals. This deterrent effect dissuades those contemplating this kind of intoxication and, as such, s. 33.1 is rationally connected to its protective purpose. In addition, s. 33.1 is rationally connected to the objective of holding individuals accountable, in as full a manner as possible, for the choice to become extremely intoxicated and the violence committed while in that state. It is obvious that a person foreclosed from advancing a defence that could result in an acquittal is held accountable.

Section 33.1 is, however, not minimally impairing of an accused's ss. 7 and 11(d) rights. There are less harmful means of achieving Parliament's objectives in a real and substantial manner. Options have been advanced that would trench less on the rights of the accused, including a stand-alone offence of criminal intoxication. Alternatively, a path to liability for the underlying violent offence might be based on a criminal negligence standard that would allow the trier of fact to consider whether a loss of control and bodily harm were both reasonably foreseeable at the time of intoxication. This latter option could allow an accused to be convicted for the underlying violent act and not simply negligent or dangerous intoxication while achieving the minimum objective fault standard required by the Constitution.

Section 33.1 also fails on an assessment of the relative benefits and negative effects of the law under the *Oakes* test. At the final stage under s. 1, the question is whether there is proportionality between the overall effects of the *Charter*-infringing measure and the legislative objectives. This invites the broadest assessment of the benefits of s. 33.1 to society, weighed against the cost of the limitations to ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. With respect to its salutary effects, s. 33.1 gives expression to the close and harmful association between extreme self-induced intoxication and

Les effets de dissuasion et de dénonciation de l'art. 33.1 établissent un lien rationnel avec l'objectif de protection visé par le Parlement. S'il est vrai que l'art. 33.1 s'applique à l'accusé qui ne pouvait pas prévoir le risque de perte de maîtrise ou de lésions corporelles, il s'applique également aux situations dans lesquelles il existe un risque prévisible de perte de maîtrise et de préjudice. Tomberaient ainsi sous le coup de l'art. 33.1 les individus qui consomment une substance intoxicante à effets psychogènes, y compris ceux qui savent qu'ils ont déjà, par le passé, perdu la maîtrise de leurs actes alors qu'ils se trouvaient dans un état de psychose provoqué par une drogue. Il est raisonnable que le Parlement s'attende à ce que cette disposition ait un modeste effet dissuasif sur ces individus. Cet effet dissuasif décourage ceux qui envisagent de s'intoxiquer à un degré aussi extrême de le faire, et il existe en conséquence un lien rationnel entre l'art. 33.1 et son objectif de protection. De plus, il existe un lien rationnel entre l'art. 33.1 et l'objectif consistant à tenir les individus responsables, de la manière la plus complète possible, de leur choix de devenir extrêmement intoxiqués et de la violence perpétrée alors qu'ils se trouvent dans cet état. Il est évident que lorsqu'une personne ne peut faire valoir un moyen de défense qui pourrait entraîner son acquittement, elle doit répondre de ses actes.

L'article 33.1 ne porte toutefois pas minimalement atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d). Il existe des moyens moins attentatoires de réaliser les objectifs du Parlement de façon réelle et substantielle. On a proposé des solutions qui empièteraient moins sur les droits de l'accusé, y compris une infraction autonome d'intoxication criminelle. Subsidiairement, un moyen de tenir les accusés responsables de l'infraction violente pourrait reposer sur une norme de négligence criminelle qui permettrait au juge des faits de déterminer si une perte de maîtrise et l'infliction de lésions corporelles étaient toutes deux raisonnablement prévisibles au moment de l'intoxication. Cette dernière solution pourrait permettre de déclarer l'accusé coupable de l'acte violent visé au par. 33.1(3) et non simplement d'intoxication négligente ou dangereuse, tout en respectant la norme minimale de faute objective exigée par la Constitution.

L'article 33.1 échoue aussi à l'étape de l'évaluation des avantages relatifs et des effets préjudiciables de la disposition en fonction de l'analyse prescrite dans *Oakes*. À la dernière étape de l'analyse fondée sur l'article premier, la question consiste à se demander s'il y a proportionnalité entre les effets globaux de la mesure qui porte atteinte à la *Charte* et les objectifs législatifs. Il faut pour ce faire procéder à l'évaluation la plus vaste possible des avantages de l'art. 33.1 pour la société, en les mettant en balance avec le prix à payer pour les restrictions apportées à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la

violence and affirms society's commitment to the equality and security rights of victims vulnerable to intoxicated crime. It responds meaningfully to inequality by recognizing that women and children deserve the full protection of the law and by condemning intoxicated gendered and family violence. It includes in its reach the irresponsible use and mixing of intoxicants that could lead to automatism and violence which discourages such behaviour and raises awareness about the link between extreme intoxication and violence. It contributes to public confidence in the criminal justice system, although this benefit must be balanced against recognizing society's interests in a system of law governed by the principles of fundamental justice. As well, it fosters personal responsibility in respect of voluntary intoxication, which Parliament saw as one of the root sources of violent crime.

However, s. 33.1's deleterious effects are serious and troubling. Its fundamental flaw is the risk of wrongful convictions it presents. It contravenes virtually all the criminal law principles that the law relies upon to protect the morally innocent. It enables conviction where the accused acted involuntarily, where the accused did not possess the minimum level of fault required, and where the Crown has not proven beyond a reasonable doubt the essential elements of the offence for which an accused is charged. Because s. 33.1 does not build in a criterion of objective foreseeability, it is impossible to say who, among those who voluntarily ingest intoxicants, has the degree of blameworthiness that would justify the stigma and punishment associated with the underlying offence with which they are charged. Where the intoxicant is licit, or where no reasonable person would anticipate the risk of automatism, whatever blameworthiness that comes from voluntary intoxication is relatively low and likely disproportionate to the punishment the individual would face if convicted for an offence committed in a state akin to automatism. It cannot be concluded that the morally innocent will not be punished. This is an extremely serious deleterious effect. Additionally, s. 33.1 disproportionately punishes for unintentional harm, contrary to the principle that punishment must be proportionate to the gravity of the offence.

Charte. Pour ce qui est de ses effets bénéfiques, l'art. 33.1 exprime le lien étroit et pernicieux qui existe entre l'intoxication volontaire extrême et la violence, et confirme l'engagement de la société envers les droits à l'égalité et à la sécurité des personnes qui risquent d'être victimes de crimes commis par des individus en état d'intoxication. Il répond concrètement à l'inégalité en reconnaissant que les femmes et les enfants méritent la pleine protection de la loi et en condamnant les actes de violence familiale et fondée sur le genre commis par des personnes en état d'intoxication. Il englobe la consommation irresponsable et le mélange de substances intoxicantes susceptibles de mener à un état d'automatisme et à des actes violents, ce qui décourage de tels comportements et sensibilise les citoyens à l'égard du lien qui existe entre l'intoxication extrême et la violence. Il contribue à donner confiance au public dans le système de justice criminelle, mais il faut pondérer cet avantage et la reconnaissance des intérêts de la société dans un système de droit régi par les principes de justice fondamentale. En outre, il encourage la responsabilité personnelle à l'égard de l'intoxication volontaire, ce que le Parlement voyait comme une des racines des crimes violents.

Les effets préjudiciables de l'art. 33.1 sont toutefois sérieux et troublants. Sa lacune fondamentale réside dans le fait qu'il risque de donner lieu à des déclarations de culpabilité injustifiées. Il viole pratiquement tous les principes du droit pénal sur lesquels le droit s'appuie pour protéger les personnes moralement innocentes. Il permet de déclarer l'accusé coupable dans les cas où ce dernier a agi de façon involontaire ou ne possédait pas le degré minimal de faute requis, ainsi que dans les cas où la Couronne n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels de l'infraction reprochée à l'accusé. Puisque l'art. 33.1 n'intègre pas un critère de prévisibilité objective, il est impossible de dire qui sont les personnes, parmi celles qui ingèrent volontairement des substances intoxicantes, qui sont suffisamment blâmables pour justifier l'opprobre et la peine associés à l'infraction visée au par. 33.1(3) dont elles sont accusées. Lorsque la substance intoxicante est licite, ou qu'aucune personne raisonnable n'anticiperait le risque d'automatisme, la culpabilité découlant d'une intoxication volontaire est relativement faible et vraisemblablement disproportionnée par rapport à la peine dont serait passible l'individu s'il était reconnu coupable d'une infraction commise alors qu'il se trouvait dans un état s'apparentant à l'automatisme. On ne peut conclure que des personnes moralement innocentes ne seront pas punies. Il s'agit là d'un effet préjudiciable extrêmement grave. En outre, l'art. 33.1 punit de façon disproportionnée ceux qui causent involontairement un préjudice, contrairement au principe selon lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction.

The Crown has not discharged its burden of showing that the benefits suggested by the evidence are fairly realized by s. 33.1. There are socially and constitutionally acceptable alternatives to the *Daviault* exception that achieve the legitimate objectives of the law more fairly than in s. 33.1. In the absence of s. 33.1, the benefits tied to accountability and protection will continue to be met through the application of common law rules which prevent the defence of intoxication including to general intent crimes of violence. Parliament can further advance these goals with respect to self-induced extreme intoxication akin to automatism through other means. The weight to be accorded to the principles of fundamental justice and the presumption of innocence cannot be ignored. Section 33.1 trenches on fundamental principles at the core of Canada's criminal law system, creates a liability regime that disregards principles meant to protect the innocent, and communicates the message that securing a conviction is more important than respecting the basic principles of justice. Its impact on the principles of fundamental justice is disproportionate to its overarching public benefits. It should therefore be declared unconstitutional and of no force or effect.

Cases Cited

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *R. v. Sullivan*, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; **referred to:** *R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513; *R. v. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 93 O.R. (3d) 89; *R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *R. v. Bouchard-Lebrun*, 2011 SCC 58, [2011] 3 S.C.R. 575; *R. v. Thérioux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Malmo-Levine*, 2003

La Couronne ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que l'art. 33.1 procure de manière équitable les avantages suggérés par la preuve. Il existe des solutions de rechange socialement et constitutionnellement acceptables à l'exception découlant de l'arrêt *Daviault* qui permettent de réaliser les objectifs légitimes de la loi d'une façon plus équitable que ne le prévoit l'art. 33.1. Sans l'art. 33.1, les avantages liés à la responsabilisation et à la protection seront protégés par l'application des règles de common law qui empêchent la défense d'intoxication, y compris dans le cas des crimes de violence d'intention générale. Le Parlement peut promouvoir davantage par d'autres moyens la réalisation de ces objectifs en ce qui concerne l'intoxication volontaire extrême s'apparentant à l'automatisme. On ne saurait ignorer l'importance qu'il convient d'attribuer aux principes de justice fondamentale et à la présomption d'innocence. L'article 33.1 porte atteinte à des principes fondamentaux qui sont au cœur même du système canadien de droit pénal, il crée un régime de responsabilité qui ne tient pas compte des principes destinés à protéger les innocents et il envoie le message qu'il est plus important d'obtenir une déclaration de culpabilité que de respecter les principes de base de la justice. Son impact sur les principes de justice fondamentale est disproportionné par rapport à ses grands avantages d'intérêt public. Il doit en conséquence être déclaré inconstitutionnel et inopérant.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts examinés :** *R. c. Sullivan*, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; **arrêts mentionnés :** *R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. c. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 93 O.R. (3d) 89; *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, [2011] 3 R.C.S. 575; *R. c. Thérioux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Malmo-Levine*,

SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3; *R. v. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *R. v. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Brenton* (1999), 180 D.L.R. (4th) 314; *R. v. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (self-induced intoxication), S.C. 1995, c. 32, preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11, 15, 28.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part I, s. 33.1.

Authors Cited

Baker, Dennis, and Rainer Knopff. “*Daviault Dialogue: The Strange Journey of Canada’s Intoxication Defence*” (2014), 19 *Rev. Const. Stud.* 35.
 Canada. Department of Justice. *Self-Induced Intoxication as Criminal Fault: Information Note*. Ottawa, 1995.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 177, 1st Sess., 35th Parl., March 27, 1995, pp. 11037-39.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 224, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 14470.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Evidence*, No. 161, 1st Sess., 35th Parl., June 13, 1995, pp. 22-25.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 98, 1st Sess., 35th Parl., April 6, 1995, pp. 6, 17.

2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3; *R. c. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *R. c. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Brenton* (1999), 180 D.L.R. (4th) 314; *R. c. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11, 15, 28.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie I, art. 33.1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi modifiant le Code criminel (intoxication volontaire), L.C. 1995, c. 32, préambule.

Doctrines et autres documents cités

Baker, Dennis, and Rainer Knopff. « *Daviault Dialogue : The Strange Journey of Canada’s Intoxication Defence* » (2014), 19 *R. études const.* 35.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 177, 1^{re} sess., 35^e lég., 27 mars 1995, p. 11037-11039.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 224, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 juin 1995, p. 14470.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, n° 98, 1^{re} sess., 35^e lég., 6 avril 1995, p. 6, 17.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Témoignages*, n° 161, 1^{re} sess., 35^e lég., 13 juin 1995, p. 23-27.
 Canada. Ministère de la Justice. *La responsabilité criminelle pour intoxication volontaire : note explicative*, Ottawa, 1995.

- Chapman, Frances E. “*Sullivan*. Specific and General Intent be Damned: Volition Missing and *Mens Rea* Incomplete” (2020), 63 C.R. (7th) 164.
- Coughlan, Steve. “*Sullivan*: Can a Section 7 Violation Ever be Saved Under Section 1?” (2020), 63 C.R. (7th) 157.
- Dimock, Susan. “*Actio Libera in Causa*” (2013), 7 *Crim. Law and Philos.* 549.
- Ferguson, Gerry. “The Intoxication Defence: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation” (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111.
- Gardner, John. *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2007.
- Grant, Isabel. “Second Chances: Bill C-72 and the *Charter*” (1995), 33 *Osgoode Hall L.J.* 379.
- Grant, Isabel. “The Limits of *Daviault*” (1995), 33 C.R. (4th) 277.
- Healy, Patrick. “Criminal Reports Forum on *Daviault*: Extreme Intoxication Akin to Automatism Defence to Sexual Assault — Another Round on Intoxication” (1995), 33 C.R. (4th) 269.
- Healy, Patrick. “Intoxication in the Codification of Canadian Criminal Law” (1994), 73 *Can. Bar Rev.* 515.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn’t Such A Bad Thing After All)” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Kelly, Lisa M., and Nadya Gill. *The punishing response to the defence of extreme intoxication*, October 13, 2020 (online: <https://policyoptions.irpp.org/fr/magazines/october-2020/the-punishing-response-to-the-defence-of-extreme-intoxication/>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC18_1_eng.pdf).
- Lawrence, Michelle S. “Voluntary Intoxication and the *Charter*: Revisiting the Constitutionality of Section 33.1 of the *Criminal Code*” (2017), 40:3 *Man. L.J.* 391.
- Parent, Hugues. “La constitutionnalité de l’article 33.1 du Code criminel: analyse et commentaires” (2022), 26 *Can. Crim. L.R.* 175.
- Plaxton, Michael, and Carissima Mathen. “What’s Right With Section 33.1” (2021), 25 *Can. Crim. L.R.* 255.
- Quigley, Tim. “A Time for Parliament to Enact an Offence of Dangerous Incapacitation” (1995), 33 C.R. (4th) 283.
- Roy, Simon. “Intoxication”, dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit pénal — Droit pénal général*, par Marie-Pierre Robert et Simon Roy, dir. Montréal: LexisNexis, 2013, fascicule 13 (mis à jour 7 juillet 2020).
- Shaffer, Martha. “*R. v. Daviault*: A Principled Approach To Drunkenness or A Lapse of Common Sense?” (1996), 3 *Rev. Const. Stud.* 311.
- Chapman, Frances E. « *Sullivan*. Specific and General Intent be Damned : Volition Missing and *Mens Rea* Incomplete » (2020), 63 C.R. (7th) 164.
- Coughlan, Steve. « *Sullivan* : Can a Section 7 Violation Ever be Saved Under Section 1? » (2020), 63 C.R. (7th) 157.
- Dimock, Susan. « *Actio Libera in Causa* » (2013), 7 *Crim. Law and Philos.* 549.
- Ferguson, Gerry. « The Intoxication Defence : Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111.
- Gardner, John. *Offences and Defences : Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2007.
- Grant, Isabel. « Second Chances : Bill C-72 and the *Charter* » (1995), 33 *Osgoode Hall L.J.* 379.
- Grant, Isabel. « The Limits of *Daviault* » (1995), 33 C.R. (4th) 277.
- Healy, Patrick. « Criminal Reports Forum on *Daviault* : Extreme Intoxication Akin to Automatism Defence to Sexual Assault — Another Round on Intoxication » (1995), 33 C.R. (4th) 269.
- Healy, Patrick. « Intoxication in the Codification of Canadian Criminal Law » (1994), 73 *R. du B. can.* 515.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn’t Such A Bad Thing After All)” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Kelly, Lisa M., and Nadya Gill. *The punishing response to the defence of extreme intoxication*, October 13, 2020 (en ligne : <https://policyoptions.irpp.org/fr/magazines/october-2020/the-punishing-response-to-the-defence-of-extreme-intoxication/>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC18_1_eng.pdf).
- Lawrence, Michelle S. « Voluntary Intoxication and the *Charter* : Revisiting the Constitutionality of Section 33.1 of the *Criminal Code* » (2017), 40:3 *Man. L.J.* 391.
- Parent, Hugues. « La constitutionnalité de l’article 33.1 du Code criminel : analyse et commentaires » (2022), 26 *Rev. can. D.P.* 175.
- Plaxton, Michael, and Carissima Mathen. « What’s Right With Section 33.1 » (2021), 25 *Rev. can. D.P.* 255.
- Quigley, Tim. « A Time for Parliament to Enact an Offence of Dangerous Incapacitation » (1995), 33 C.R. (4th) 283.
- Roy, Simon. « Intoxication », dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit pénal — Droit pénal général*, par Marie-Pierre Robert et Simon Roy, dir., Montréal, LexisNexis, 2013, fascicule 13 (mis à jour 7 juillet 2020).
- Royaume-Uni. Law Commission. *Criminal Liability : Insanity and Automatism — A Discussion Paper*, London, 2013.

Sheehy, Elizabeth. “The intoxication defense in Canada: why women should care” (1996), 23 *Contemp. Drug Probs.* 595.

Silver, Lisa. *Who is Responsible for Extreme Intoxication?*, October 7, 2021 (online: http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2021/10/Blog_LS_Responsible_Extreme_Intoxication.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC18_2_eng.pdf).

Stuart, Don. “Parliament Should Declare a New Responsibility for Drunkenness Based on Criminal Negligence” (1995), 33 C.R. (4th) 289.

Tremblay, Mathilde. “*Charte canadienne* et intoxication volontaire: l’article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange” (2020), 79 *R. du B.* 67.

United Kingdom. Law Commission. *Criminal Liability: Insanity and Automatism — A Discussion Paper*. London, 2013.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter, Khullar and Hughes JJ.A.), 2021 ABCA 273, 30 Alta L.R. (7th) 1, 404 C.C.C. (3d) 311, [2021] 11 W.W.R. 191, [2021] A.J. No. 1028 (QL), 2021 CarswellAlta 1808 (WL), setting aside a decision of Hollins J., 2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375, [2020] A.J. No. 294 (QL), 2020 CarswellAlta 442 (WL). Appeal allowed.

Sean Fagan and Michelle Biddulph, for the appellant.

Deborah J. Alford, for the respondent.

Michael H. Morris, Roy Lee and Rebecca Sewell, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael Perlin and Jeffrey Wyngaarden, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Ami Kotler, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Lara Vizsolyi, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Noah Wernikowski, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Shaffer, Martha. « *R. v. Daviault* : A Principled Approach To Drunkenness or A Lapse of Common Sense? » (1996), 3 *R. études const.* 311.

Sheehy, Elizabeth. « The intoxication defense in Canada : why women should care » (1996), 23 *Contemp. Drug Probs.* 595.

Silver, Lisa. *Who is Responsible for Extreme Intoxication?*, October 7, 2021 (en ligne : http://ablawg.ca/wp-content/uploads/2021/10/Blog_LS_Responsible_Extreme_Intoxication.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC18_2_eng.pdf).

Stuart, Don. « Parliament Should Declare a New Responsibility for Drunkenness Based on Criminal Negligence » (1995), 33 C.R. (4th) 289.

Tremblay, Mathilde. « *Charte canadienne* et intoxication volontaire : l’article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange » (2020), 79 *R. du B.* 67.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Slatter, Khullar et Hughes), 2021 ABCA 273, 30 Alta L.R. (7th) 1, 404 C.C.C. (3d) 311, [2021] 11 W.W.R. 191, [2021] A.J. No. 1028 (QL), 2021 CarswellAlta 1808 (WL), qui a infirmé une décision de la juge Hollins, 2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375, [2020] A.J. No. 294 (QL), 2020 CarswellAlta 442 (WL). Pourvoi accueilli.

Sean Fagan et Michelle Biddulph, pour l’appellant.

Deborah J. Alford, pour l’intimée.

Michael H. Morris, Roy Lee et Rebecca Sewell, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Michael Perlin et Jeffrey Wyngaarden, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Ami Kotler, pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

Lara Vizsolyi, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Noah Wernikowski, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Anil K. Kapoor and Dana Achtemichuk, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

Carter Martell, Anita Szigeti, Sarah Rankin and Maya Kotob, for the intervenor the Empowerment Council.

Lindsay Daviau and Eric Neubauer, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association.

Lara Kinkartz and Megan Stephens, for the intervenor the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

The judgment of the Court was delivered by

KASIRER J. —

I. Overview

[1] Following a party at which he had consumed alcohol and “magic mushrooms”, Matthew Winston Brown violently attacked Janet Hamnett, a person he did not know and who had done nothing to invite the assault. At the time, Mr. Brown was in what the trial judge described as a “substance intoxication delirium” that was so extreme as to be “akin to automatism” (2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375, at para. 87). While capable of physical movement, he was in a delusional state and had no willed control over his actions. Mr. Brown's extreme intoxication akin to automatism was brought about by his voluntary ingestion of the magic mushrooms which contained a drug called psilocybin. Mr. Brown was acquitted at trial. The Alberta Court of Appeal set aside that verdict and convicted him of the general intent offence of aggravated assault.

[2] At common law, automatism is “a state of impaired consciousness, rather than unconsciousness, in which an individual, though capable of action, has

Anil K. Kapoor and Dana Achtemichuk, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Carter Martell, Anita Szigeti, Sarah Rankin et Maya Kotob, pour l'intervenant Empowerment Council.

Lindsay Daviau et Eric Neubauer, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Lara Kinkartz et Megan Stephens, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE KASIRER —

I. Aperçu

[1] À la suite d'une fête au cours de laquelle il avait consommé de l'alcool et des « champignons magiques », Matthew Winston Brown a violemment agressé Janet Hamnett, une personne qu'il ne connaissait pas et qui n'avait rien fait pour provoquer l'agression. Au moment des faits, M. Brown se trouvait dans ce que la juge du procès a qualifié de [TRADUCTION] « délire dû à une intoxication par une substance » qui était extrême au point de « s'apparenter à l'automatisme » (2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375, par. 87). Bien que capable de mouvements physiques, il se trouvait dans un état de délire et n'avait aucune maîtrise de ses gestes. L'intoxication extrême de M. Brown s'apparentant à l'automatisme avait été provoquée par l'ingestion volontaire de champignons magiques contenant une drogue appelée psilocybine. Monsieur Brown a été acquitté à son procès. La Cour d'appel de l'Alberta a annulé ce verdict et l'a déclaré coupable de voies de fait graves, une infraction d'intention générale.

[2] En common law, l'automatisme désigne « un état de conscience diminué, plutôt qu'une perte de conscience, dans lequel la personne, quoique capable

no voluntary control over that action” (*R. v. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290, at para. 156). It is sometimes said that the effect of automatism is to provoke physical involuntariness whereby there is no connection between mind and body (see *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, at p. 518). Examples often given include the involuntary physical movement of an individual who has suffered a heart attack or seizure. Conduct that is involuntary in this sense cannot be criminal (see *R. v. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 93 O.R. (3d) 89, at paras. 53-56, relying in particular on *Rabey*, at p. 519, per Ritchie J., and at p. 545, per Dickson J., as he then was, dissenting but not on this point).

[3] Mr. Brown’s appeal before this Court turns on the circumstances in which persons accused of certain violent crimes can invoke self-induced extreme intoxication to show that they lacked the general intent or voluntariness ordinarily required to justify a conviction and punishment. Similar matters are at the heart of the Crown appeals in *R. v. Sullivan* and *R. v. Chan*, for which judgments are rendered simultaneously with this case (*R. v. Sullivan*, 2022 SCC 19, [2022] 1 S.C.R. 460) (the “*Sullivan and Chan* appeals”). The Court is asked in all three cases to decide upon the constitutionality of *An Act to amend the Criminal Code (self-induced intoxication)*, S.C. 1995, c. 32 (“Bill C-72”), in light of, on the one hand, the principles of fundamental justice and the presumption of innocence guaranteed to the accused by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, on the other, Parliament’s aims to protect victims of intoxicated violence, in particular women and children, and hold perpetrators to account.

[4] These are not drunkenness cases. The accused in each of these appeals consumed drugs which, they argued, taken alone or in combination with alcohol, provoked psychotic, delusional and involuntary conduct, which are reactions not generally associated

d’agir, n’a pas la maîtrise de ses actes » (*R. c. Stone*, [1999] 2 R.C.S. 290, par. 156). On affirme parfois que l’automatisme a pour effet de provoquer des mouvements involontaires lorsqu’il n’y a aucun lien entre le corps et l’esprit (voir *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, p. 518). Parmi les exemples souvent cités, mentionnons le mouvement involontaire d’une personne qui a subi une crise cardiaque ou des convulsions. La conduite involontaire en ce sens ne saurait être criminelle (voir *R. c. Luedecke*, 2008 ONCA 716, 93 O.R. (3d) 89, par. 53-56, s’appuyant en particulier sur l’arrêt *Rabey*, p. 519 (le juge Ritchie), et p. 545 (le juge Dickson, plus tard juge en chef, dissident mais non sur ce point)).

[3] Le pourvoi formé par M. Brown devant notre Cour porte sur les circonstances dans lesquelles les personnes accusées de certains crimes violents peuvent invoquer l’intoxication extrême volontaire pour démontrer qu’elles n’avaient pas l’intention générale ou la volonté habituellement requise pour justifier une déclaration de culpabilité et une peine. Des questions similaires sont au cœur des pourvois formés par la Couronne dans les affaires *R. c. Sullivan* et *R. c. Chan*, où des jugements sont rendus simultanément avec le présent arrêt (*R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19, [2022] 1 R.C.S. 460) (les « pourvois *Sullivan* et *Chan* »). Dans ces trois affaires, la Cour est invitée à se prononcer sur la constitutionnalité de la *Loi modifiant le Code criminel (intoxication volontaire)*, L.C. 1995, c. 32 (« projet de loi C-72 »), à la lumière, d’une part, des principes de justice fondamentale et de la présomption d’innocence garantis à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, d’autre part, de l’objectif du Parlement de protéger les victimes — en particulier les femmes et les enfants — des actes de violence commis par des individus en état d’intoxication et d’obliger les auteurs de ces violences à répondre de leurs actes.

[4] L’ivresse n’est pas en cause dans les affaires précitées. L’accusé dans chacun de ces pourvois a consommé des drogues qui, prétendent-ils, prises seules ou avec de l’alcool, ont provoqué un comportement psychotique, délirant et involontaire,

with drunkenness. As I note below, there is good reason to believe Parliament understood that alcohol alone is unlikely to bring about the delusional state akin to automatism it sought to regulate in enacting s. 33.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. As Lauwers J.A. wrote in *R. v. Sullivan*, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, “it is not clear that extreme alcohol intoxication causes non-mental disorder automatism as a matter of basic science” (para. 288). In any event, these reasons say nothing about criminal liability for violent conduct produced by alcohol alone short of the psychotic state akin to automatism experienced by Mr. Brown and spoken to by the trial judge. I specifically leave intact the common law rule that drunkenness, absent clear scientific evidence of automatism, is not a defence to general intent crimes, including crimes of violence such as sexual assault.

[5] It thus bears emphasizing that Mr. Brown was not simply drunk or high. To be plain: it is the law in Canada that intoxication short of automatism is not a defence to the kind of violent crime at issue here. The outcome of the constitutional questions in these appeals has no impact on the rule that intoxication short of automatism is not a defence to violent crimes of general intent in this country.

[6] Parliament added s. 33.1 largely in response to *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63. In that case, the Court confirmed the common law rule that intoxication is not a defence to crimes of general intent. The majority in *Daviault* recognized, however, that the *Charter* mandated an exception to the common law rule: where intoxication is so extreme that an accused falls into a condition akin to automatism, a conviction for the offence charged would violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. It would be unfair, reasoned the Court, to hold an individual responsible for crimes

des réactions que l’on n’associe généralement pas à l’ivresse. Comme je le signale plus loin, il y a de bonnes raisons de croire que le Parlement savait que l’alcool seul ne risque pas d’entraîner l’état de délire s’apparentant à l’automatisme qu’il cherchait à réglementer en adoptant l’art. 33.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Tel que l’a écrit le juge Lauwers dans *R. c. Sullivan*, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, [TRADUCTION] « il n’est pas certain que l’intoxication alcoolique extrême entraîne un trouble d’automatisme non mental du point de vue de la science élémentaire » (par. 288). Quoiqu’il en soit, les présents motifs ne se prononcent pas sur la responsabilité criminelle à l’égard d’actes violents provoqués seulement par l’alcool, qui ne relèvent pas d’un état psychotique s’apparentant à l’automatisme vécu par M. Brown et dont a parlé le juge du procès. Je maintiens expressément la règle de common law selon laquelle l’ivresse, en l’absence d’une preuve scientifique claire d’automatisme, ne constitue pas un moyen de défense opposable aux crimes d’intention générale, y compris aux crimes violents telle l’agression sexuelle.

[5] Il convient donc de souligner que M. Brown n’était pas simplement ivre ou drogué. En clair, selon le droit au Canada, l’intoxication sans automatisme n’est pas un moyen de défense opposable au type de crime violent en cause dans l’affaire qui nous occupe. Le sort des questions constitutionnelles dans les présents pourvois n’a aucune incidence sur la règle voulant que l’intoxication sans automatisme ne soit pas un moyen de défense opposable aux crimes violents d’intention générale au Canada.

[6] Le Parlement a adopté l’art. 33.1 principalement en réaction à l’arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé la validité de la règle de common law suivant laquelle l’intoxication n’est pas un moyen de défense opposable aux crimes d’intention générale. Dans l’arrêt *Daviault*, les juges majoritaires ont toutefois reconnu qu’en raison de la *Charte*, il était nécessaire de prévoir une exception à la règle de common law. Ainsi, lorsque l’accusé est dans un état d’intoxication si extrême qu’il se trouve dans un état s’apparentant

committed while in a state of automatism, as they are incapable of voluntarily committing a guilty act or of having a guilty mind.

[7] Crown counsel in this appeal and the *Sullivan* and *Chan* appeals recall that the *Daviault* exception was met with public incomprehension and disapproval. In dissent, Sopinka J. anticipated this grievance when he wrote that those who voluntarily render themselves intoxicated and then violently cause bodily harm to others are “far from blameless” (p. 128). In order to address the constitutional failings identified by the majority of the Court in a manner that would properly reflect the blameworthiness of the extremely self-intoxicated accused identified by the dissent, Parliament enacted s. 33.1. The new provision purported to remove the defence of automatism for the extremely self-intoxicated accused and put in place a constitutionally-compliant measure of criminal fault for the underlying violent offence. The Crown and the intervening attorneys general urge us to interpret s. 33.1 as validly imposing liability for violent crimes based on a standard of criminal negligence that would answer the violations of the *Charter* pointed to in *Daviault*.

[8] But the impugned provision of the *Criminal Code* does not establish a proper measure of criminal fault by reason of intoxication. Instead, s. 33.1 imposes liability for the violent offence if an accused interferes with the bodily integrity of another “while” in a state of self-induced intoxication rendering them incapable of consciously controlling their behaviour. Section 33.1 treats extreme voluntary intoxication, foreseeable or otherwise, as a condition of liability for

à l’automatisme, il y aurait violation de l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* si on le déclarait coupable de l’infraction reprochée. Il serait injuste, a estimé la Cour, de tenir une personne responsable de crimes commis alors qu’elle se trouvait dans un état d’automatisme, car elle est incapable de commettre volontairement un acte coupable ou d’avoir une intention coupable.

[7] Dans le présent pourvoi et les pourvois *Sullivan* et *Chan*, les procureurs de la Couronne rappellent que l’exception établie dans l’arrêt *Daviault* a suscité à l’époque l’incompréhension et la réprobation du public. Dans sa dissidence, le juge Sopinka avait anticipé ce tollé lorsqu’il a écrit que l’individu qui s’intoxique volontairement pour ensuite causer de graves lésions corporelles à autrui était « loin d’être sans reproche » (p. 128). Afin de remédier aux lacunes constitutionnelles relevées par les juges majoritaires de la Cour d’une manière qui tienne dûment compte des propos formulés dans cet arrêt par le juge dissident au sujet de la culpabilité de l’accusé qui s’intoxique à l’extrême volontairement, le Parlement a adopté l’art. 33.1. La nouvelle disposition visait à empêcher l’accusé qui est dans un état d’intoxication extrême d’invoquer la défense d’automatisme et à instaurer une certaine forme de responsabilité criminelle conforme à la Constitution pour l’infraction violente visée au par. 33.1(3). La Couronne et les procureurs généraux intervenants nous exhortent à interpréter l’art. 33.1 comme une disposition qui responsabilise légitimement les auteurs de crimes violents en appliquant une norme de négligence criminelle qui répond aux réserves formulées par notre Cour dans l’arrêt *Daviault* au sujet des violations de la *Charte*.

[8] Mais la disposition contestée du *Code criminel* ne précise pas le degré de responsabilité criminelle qu’il convient d’attribuer en cas d’intoxication. L’article 33.1 n’attribue une responsabilité à l’auteur de l’infraction violente que s’il a porté atteinte à l’intégrité physique d’autrui « alors » qu’il était dans un état d’intoxication volontaire qui le rendait incapable de se maîtriser consciemment. L’article 33.1 considère l’intoxication volontaire extrême, prévisible ou non,

the underlying violent offence and not as a measure of fault based on criminal negligence.

[9] Accordingly, the accused risks conviction for the relevant general intent offence — in Mr. Brown’s case, for aggravated assault — based on conduct that occurred while they are incapable of committing the guilty act (the *actus reus*) or of having the guilty mind (*mens rea*) required to justify conviction and punishment. They are not being held to account for their conduct undertaken as free agents, including the choice to ingest an intoxicant undertaken when neither the risk of automatism nor the risk of harm was necessarily foreseeable. Instead, the accused is called to answer for the general intent crime that they cannot voluntarily or wilfully commit, an offence for which the whole weight of the criminal law and ss. 7 and 11(d) say they may be morally innocent. To deprive a person of their liberty for that involuntary conduct committed in a state akin to automatism — conduct that cannot be criminal — violates the principles of fundamental justice in a system of criminal justice based on personal responsibility for one’s actions. On its face, not only does the text of s. 33.1 fail to provide a constitutionally compliant fault for the underlying offence set out in its third paragraph, it creates what amounts to a crime of absolute liability.

[10] I hasten to say that there may well have been other paths for Parliament to achieve its legitimate aims connected to combatting extreme intoxicated violence. The sense that an accused who acts violently in a state of extreme self-induced intoxication is morally blameworthy is by no means beyond the proper reach of the criminal law. Protecting the victims of violent crime — particularly in light of the equality and dignity interests of women and children who are vulnerable to intoxicated sexual and domestic violence — is a pressing and substantial social purpose. And as I shall endeavour to show, it was not impermissible for Parliament to enact legislation seeking to hold an extremely intoxicated person

non pas comme une faute fondée sur la négligence criminelle, mais comme une condition de la responsabilité pour l’infraction violente visée au par. 33.1(3).

[9] Par conséquent, l’accusé risque d’être déclaré coupable de l’infraction d’intention générale en cause — dans le cas de M. Brown, de voies de fait graves — en raison d’actes accomplis alors qu’il était incapable de commettre l’acte coupable (l’*actus reus*) ou d’avoir l’intention coupable (la *men rea*) requise pour justifier une déclaration de culpabilité et une peine. Un tel individu n’est pas tenu responsable d’actes qu’il a commis dans l’exercice de son libre-arbitre — y compris de son choix d’ingérer une substance intoxicante alors que ni le risque d’automatisme ni le risque de préjudice n’étaient nécessairement prévisibles. Au contraire, l’accusé est appelé à répondre du crime d’intention générale qu’il ne peut pas commettre volontairement ou délibérément, une infraction dont il peut être moralement innocent suivant le droit criminel ainsi que l’art. 7 et l’al. 11d). Priver une personne de sa liberté pour des actes involontaires commis alors qu’elle se trouvait dans un état s’apparentant à l’automatisme — des actes qui ne sauraient être criminels — viole les principes de justice fondamentale dans un système de justice criminelle fondé sur la responsabilité personnelle de chacun pour ses actes. À première vue, non seulement le libellé de l’art. 33.1 n’établit pas une faute constitutionnellement valide pour l’infraction visée à son troisième paragraphe, mais il crée ce qui équivaut à un crime de responsabilité absolue.

[10] Je m’empresse d’ajouter que le Parlement aurait très bien pu recourir à d’autres moyens pour réaliser ses objectifs légitimes en matière de lutte contre la violence perpétrée en état d’intoxication extrême. L’idée selon laquelle l’accusé qui se livre à des actes de violence alors qu’il se trouve dans un état d’intoxication volontaire extrême est moralement blâmable n’est d’aucune façon exclue du champ d’application légitime du droit criminel. La protection des victimes de crimes violents — surtout à la lumière du droit à l’égalité et à la dignité des femmes et des enfants qui sont susceptibles d’être victimes de violences sexuelles et familiales aux mains de personnes intoxiquées — constitue un

accountable for a violent crime when they chose to create the risk of harm by ingesting intoxicants.

[11] The alternatives to the constitutionally fragile s. 33.1 strike different balances between individual rights and societal interests and, no doubt, each has advantages and shortcomings as a matter of social policy. Some of these options would be manifestly fairer to the accused while achieving some, if not all, of Parliament's objectives. I am mindful that it is not the role of the courts to set social policy, much less draft legislation for Parliament, as courts are not institutionally designed for these tasks. But it is relevant to the analysis that follows that, as noted by the majority in *Daviault* itself (p. 100) and by the majority of the Court of Appeal in *Sullivan* (para. 132), it would likely be open to Parliament to establish a stand-alone offence of criminal intoxication. Others, including the *voir dire* judge in this very case (2019 ABQB 770, at para. 80 (CanLII)), have suggested liability for the underlying offence would be possible if the legal standard of criminal negligence required proof that both of the risks of a loss of control and of the harm that follows were reasonably foreseeable. In either of these ways, Parliament would be enacting a law rooted in a "moral instinct" that says a person who chooses to become extremely intoxicated may fairly be held responsible for creating a situation where they threaten the physical integrity of others (I borrow the phrase "moral instinct" from Professors M. Plaxton and C. Mathen, "What's Right With Section 33.1" (2021), 25 *Can. Crim. L.R.* 255, at p. 257).

objectif social urgent et réel. Et comme je m'efforcerais de le démontrer, il était loisible au Parlement d'adopter une disposition législative visant à tenir des personnes extrêmement intoxiquées responsables d'un crime violent lorsqu'elles ont choisi de créer le risque de préjudice en ingérant des substances intoxicantes.

[11] Les solutions de rechange afin de remédier à la fragilité constitutionnelle de l'art. 33.1 établissent un équilibre différent entre les droits individuels et les intérêts collectifs et, sans aucun doute, chacune de ces solutions présente des avantages et des inconvénients sur le plan de la politique sociale. Certaines de ces solutions seraient de toute évidence plus équitables pour l'accusé tout en permettant d'atteindre certains des objectifs du Parlement, sinon tous. Je suis conscient qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'élaborer des politiques sociales, et encore moins de rédiger des lois à l'intention du Parlement, dès lors que les tribunaux ne sont pas conçus, sur le plan institutionnel, pour de telles tâches. Il est toutefois utile pour l'analyse qui suit de rappeler, comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires dans l'arrêt *Daviault* lui-même (p. 100), et les juges majoritaires de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sullivan* (par. 132), qu'il serait vraisemblablement loisible au Parlement de créer une infraction autonome d'intoxication criminelle. D'autres personnes, y compris le juge qui a tenu le *voir-dire* dans le cas qui nous occupe (2019 ABQB 770, par. 80 (CanLII)), ont suggéré qu'il serait possible de tenir l'auteur de ces actes responsable de l'infraction visée au par. 33.1(3) si la norme juridique de la négligence criminelle exigeait que l'on démontre à la fois que le risque d'une perte de maîtrise et le risque du préjudice en découlant étaient raisonnablement prévisibles. Dans l'un ou l'autre scénario, le Parlement édicterait une loi qui serait fondée sur « l'instinct moral » selon lequel la personne qui choisit de s'intoxiquer à l'extrême peut légitimement être tenue responsable d'avoir créé une situation où elle menace l'intégrité physique d'autrui (j'emprunte l'expression [TRADUCTION] « instinct moral » aux professeurs M. Plaxton et C. Mathen, « What's Right With Section 33.1 » (2021), 25 *Rev. can. D.P.* 255, p. 257).

[12] Parliament did not enact a new offence of dangerous intoxication, nor did it adopt a new mode of liability for existing violent offences based on a proper standard of criminal negligence. With the utmost respect, I am bound to conclude the path Parliament chose in enacting s. 33.1 was not, from the point of view of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, constitutionally compliant. I am unable to agree with what the Minister of Justice asserted on the third reading of s. 33.1 in Parliament: “. . . the approach taken in Bill C-72 is fundamentally fair, both to the victims of violence and to those accused of crime” (*House of Commons Debates* (“Hansard”), vol. 133, No. 224, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, at p. 14470).

[13] The violations of the rights of the accused in respect of the principles of fundamental justice and the presumption of innocence occasioned by s. 33.1 are grave. Notwithstanding Parliament’s laudable purpose, s. 33.1 is not saved by s. 1 of the *Charter*. The legitimate goals of protecting the victims of these crimes and holding the extremely self-intoxicated accountable, compelling as they are, do not justify these infringements of the *Charter* that so fundamentally upset the tenets of the criminal law. With s. 33.1, Parliament has created a meaningful risk of conviction and punishment of an extremely intoxicated person who, while perhaps blameworthy in some respect, is innocent of the offence as charged according to the requirements of the Constitution.

[14] In the case of Mr. Brown, and on the strength of the findings of fact at trial, the conclusion may be plainly stated. Mr. Brown might well be reproached for choosing to drink alcohol and ingest magic mushrooms prior to the harm suffered by Ms. Hamnett, but that blame cannot ground criminal liability for the aggravated assault that occurred while he was in a state of delirium akin to automatism. On a constitutional standard, he did not commit the guilty act of aggravated assault voluntarily and he was incapable of forming even the minimally-required degree of *mens rea* required for conviction of that offence. In my respectful view, to punish him in these

[12] Le Parlement n’a ni créé une nouvelle infraction d’intoxication dangereuse ni adopté un nouveau mode de responsabilité pour des infractions violentes déjà existantes en fonction d’une norme appropriée de négligence criminelle. En toute déférence, force m’est de conclure que le chemin qu’a emprunté le Parlement en adoptant l’art. 33.1 ne respectait pas la Constitution au regard de l’art. 7 et de l’al. 11 d) de la *Charte*. Je ne puis souscrire à la déclaration suivante faite par le ministre de la Justice lors de la troisième lecture de l’art. 33.1 au Parlement : « . . . le projet de loi C-72 est fondamentalement juste tant pour les victimes de violence que pour les personnes accusées de crimes violents » (*Débats de la Chambre des communes* (« Hansard »), vol. 133, n° 224, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 juin 1995, p. 14470).

[13] Les violations des droits de l’accusé par l’art. 33.1 sur le plan des principes de justice fondamentale et de la présomption d’innocence sont graves. Malgré l’objectif louable du Parlement, l’art. 33.1 n’est pas sauvegardé par l’article premier de la *Charte*. Les objectifs légitimes consistant à protéger les victimes de tels crimes et à tenir responsables les auteurs de ces crimes qui s’intoxiquent à l’extrême volontairement, aussi impérieux soient-ils, ne justifient pas ces violations de la *Charte*, qui portent aussi radicalement atteinte aux préceptes du droit criminel. En édictant l’art. 33.1, le Parlement a créé un risque sérieux qu’une personne extrêmement intoxiquée soit déclarée coupable et punie alors que, quoiqu’elle puisse être blâmable à certains égards, elle est innocente de l’infraction qui lui est reprochée eu égard aux exigences de la Constitution.

[14] Dans le cas de M. Brown, si l’on se fie aux conclusions de fait tirées au procès, une seule conclusion s’impose. On peut très bien reprocher à M. Brown d’avoir choisi de boire de l’alcool et d’ingérer des champignons magiques avant de s’en prendre à M^{me} Hamnett, mais ces reproches ne sauraient engager sa responsabilité criminelle pour les voies de fait graves survenues alors qu’il était dans un état de délire s’apparentant à un automatisme. Selon la norme constitutionnelle applicable, il n’a pas commis de façon volontaire l’acte coupable de voies de fait graves, et il était incapable de former le degré minimal de *mens rea* requis pour pouvoir être déclaré

circumstances, however exceptional they might be, would be intolerable in a free and democratic society. The law imposes the solemn and onerous duty on this Court to declare s. 33.1 unconstitutional (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 (“*Motor Vehicle Reference*”), at p. 497). For the reasons that follow, I would set aside the judgment of the Court of Appeal, declare s. 33.1 to be of no force and effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and restore Mr. Brown’s acquittal rendered at trial.

II. Background

[15] At a friend’s house party on a January night in Calgary, Mr. Brown had six or seven mixed drinks, a few beers and consumed several one-half gram or smaller portions of magic mushrooms. He was 26 years old and in his last year of university and was aware that psilocybin in magic mushrooms is an illegal drug that can bring about hallucinations. He had tried magic mushrooms once before and believed that they generally gave a “fuzzy but positive feeling” (trial reasons, at para. 38).

[16] As Mr. Brown would testify at his trial, at around 1:30 a.m. he felt “wonky” and began to “los[e] [his] grip on reality” (A.R., vol. V, at p. 13). Without any memory of having done so, Mr. Brown removed his clothing and left the house in an agitated state at around 3:45 a.m., running naked and barefoot into the cold winter night. His friends searched for him for about 10 to 15 minutes and then called the police.

[17] In a nearby house, Janet Hamnett was awoken around 4:00 a.m. by a loud noise. When she went to investigate, Ms. Hamnett was attacked by someone she did not know who she later described as a huge presence screaming at the top of his lungs. The intruder was Mr. Brown. Ms. Hamnett fell to the ground and put her arms up as he beat her repeatedly with a broken broom handle. With her head, face and arms covered in blood, she managed to get to a bathroom and lock

coupable de cette infraction. À mon humble avis, lui infliger une peine dans ces circonstances, aussi exceptionnelles soient-elles, serait intolérable dans le cadre d’une société libre et démocratique. Le droit impose à notre Cour le devoir solennel et onéreux de déclarer l’art. 33.1 inconstitutionnel (voir le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 (« *Renvoi sur la MVA* »), p. 497). Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis d’annuler le jugement de la Cour d’appel, de déclarer l’art. 33.1 inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de rétablir l’acquittement de M. Brown prononcé au procès.

II. Contexte

[15] Lors d’une fête chez un ami, un soir de janvier à Calgary, M. Brown a ingurgité six ou sept boissons alcoolisées et quelques bières et consommé plusieurs portions d’un demi-gramme ou moins de champignons magiques. Âgé de 26 ans, il en était à sa dernière année d’université et savait que la psilocybine contenue dans les champignons magiques était une drogue illégale susceptible de provoquer des hallucinations. Il avait déjà essayé une fois les champignons magiques et pensait qu’ils procuraient généralement une [TRA-DUCTION] « sensation d’hébétude agréable » (motifs de première instance, par. 38).

[16] Comme M. Brown l’a déclaré à son procès, vers 1 h 30 du matin, il s’est senti [TRADUCTION] « bizarre » et a commencé à « perdre contact avec la réalité » (d.a., vol. V, p. 13). Monsieur Brown, qui n’a aucun souvenir de l’avoir fait, s’est déshabillé et est sorti de la maison dans un état d’agitation vers 3 h 45, courant nu et pieds nus dans la nuit froide, en plein hiver. Ses amis l’ont cherché pendant environ 10 à 15 minutes, puis ont appelé la police.

[17] Dans une maison située à proximité, Janet Hamnett a été réveillée vers 4 h du matin par un grand bruit. Lorsqu’elle s’est levée pour chercher d’où provenait le bruit, elle s’est fait attaquer par un inconnu qu’elle a décrit par la suite comme un individu fort imposant qui hurlait à tue-tête. L’intrus était M. Brown. Madame Hamnett est tombée au sol et a tenté de se protéger avec ses bras contre les coups répétés que lui assenait M. Brown avec un manche

the door. Mr. Brown left the house and continued into the street. When all appeared quiet Ms. Hamnett sought refuge at a neighbour's house, at which time the police were called. The attack left her with cuts and contusions, as well as broken bones in her right hand which resulted in permanent injuries. She also suffered psychological harm from the incident.

[18] At about 5:00 a.m., Mr. Brown broke into the Varshney residence a kilometer away by throwing a heavy object through the front door window. Mr. and Mrs. Varshney, who did not know Mr. Brown, heard screaming and the sound of breaking glass. They were able to take shelter in their bedroom and call the police. The police found Mr. Brown lying naked on the floor of a bathroom. He was whispering and appeared confused by his surroundings; his feet were visibly bruised and bloodied. Mr. Brown complied with police instructions and was taken for medical care. He recalled coming to in hospital then waking later in a jail cell. Mr. Brown later said he had no memory of what transpired at either of the two homes.

[19] Mr. Brown had no previous criminal record and no history of mental illness. He was charged with one count of breaking and entering Ms. Hamnett's home and committing the indictable offence of aggravated assault and one count of breaking and entering the Varshney home and committing the indictable offence of mischief to property over \$5,000.

[20] At trial, Mr. Brown argued that he was not guilty of the offences charged by reason of automatism. He claimed to have been so impaired by the consumption of psilocybin that his actions were involuntary and that he did not have the necessary *mens rea* for conviction of aggravated assault or mischief to property. Expert evidence adduced at trial confirmed that the psilocybin was the "clear causative factor" for what was described as the accused's delirium (trial reasons, at para. 73). On the basis of this evidence,

à balai brisé. La tête, le visage et les bras maculés de sang, elle a réussi à se rendre dans une salle de bain et à verrouiller la porte. Monsieur Brown est sorti dans la rue. Une fois le calme apparemment revenu, M^{me} Hamnett s'est réfugiée chez un voisin et la police a alors été appelée. Lors de l'agression, elle a subi des coupures et des contusions, ainsi que des fractures à la main droite qui ont entraîné des blessures permanentes. Elle a également subi un préjudice psychologique à la suite de l'agression.

[18] Vers 5 h du matin, M. Brown s'est introduit par effraction dans la résidence des Varshney, située à environ un kilomètre de là, après avoir fracassé la fenêtre de la porte d'entrée à l'aide d'un objet lourd. Monsieur et Madame Varshney, qui ne connaissaient pas M. Brown, ont entendu des cris et des bruits de verre brisé. Ils sont parvenus à se réfugier dans leur chambre et à appeler la police. Les policiers ont trouvé M. Brown gisant nu sur le sol d'une salle de bains. Il murmurait et semblait désorienté; ses pieds étaient visiblement meurtris et ensanglantés. Monsieur Brown a obtempéré aux ordres des policiers et a reçu des soins médicaux. Il se souvient avoir repris connaissance à l'hôpital et s'être réveillé plus tard dans une cellule de prison. Monsieur Brown a par la suite déclaré qu'il n'avait aucun souvenir de ce qui s'était passé dans l'une ou l'autre de ces deux maisons.

[19] Monsieur Brown n'avait pas de casier judiciaire et aucun antécédent de troubles mentaux. Il a été accusé d'un chef d'introduction par effraction dans le domicile de M^{me} Hamnett et d'y avoir commis l'acte criminel de voies de fait graves et d'un chef d'introduction par effraction dans le domicile des Varshney et d'y avoir commis l'acte criminel de méfait à l'égard d'un bien de plus de 5 000 \$.

[20] Au procès, M. Brown a affirmé qu'il n'était pas coupable, pour cause d'automatisme, des infractions qui pesaient contre lui. Il a soutenu que ses facultés étaient tellement affaiblies par la consommation de psilocybine que ses actes étaient involontaires et qu'il n'avait pas la *mens rea* requise pour pouvoir être déclaré coupable de voies de fait graves ou de méfait à l'égard d'un bien. La preuve d'expert présentée au procès a confirmé que la psilocybine était le [TRADUCTION] « facteur causal évident » de ce qu'on a appelé le délire de l'accusé

Mr. Brown was said to have no voluntary control over his conduct at the time.

[21] The Crown invoked s. 33.1 as a means of precluding Mr. Brown from relying on self-induced intoxication akin to automatism as a defence to the charge of aggravated assault. Mr. Brown answered that, insofar as it prevented him from raising automatism as a defence, s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and could not be saved by s. 1. He said that the defence should be available to him against both charges, including the offence relating to the aggravated assault to which s. 33.1 purportedly applied.

III. Proceedings Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench*

- (1) The Constitutional Ruling, 2019 ABQB 770 (deWit J.)

[22] In a judgment rendered following a *voir dire*, deWit J. concluded that s. 33.1 violated the principles of fundamental justice and the presumption of innocence guaranteed by the *Charter* and was not otherwise justified pursuant to s. 1.

[23] The *voir dire* judge observed that s. 33.1 “does not deal with the consequence of criminal acts” but “simply eliminates any evidence and argument regarding the *mens rea* and voluntariness of the accused” (paras. 29-30). He concluded that s. 33.1 allows for a conviction in the absence of proof that the underlying violent offence was intended or committed voluntarily, contrary to s. 7 of the *Charter* (para. 31). Instead, the provision operates akin to a regime of absolute liability. He further held that s. 33.1 enables conviction even where there is a reasonable doubt about the essential elements of the charged offence, contrary to s. 11(d) (para. 37).

(motifs de première instance, par. 73). Compte tenu de cette preuve, on a dit que M. Brown n’avait pas la maîtrise de ses actes au moment des faits reprochés.

[21] La Couronne a invoqué l’art. 33.1 pour empêcher M. Brown de plaider l’intoxication volontaire s’apparentant à l’automatisme comme moyen de défense contre l’accusation de voies de fait graves. Monsieur Brown a rétorqué que, dans la mesure où l’art. 33.1 l’empêchait d’invoquer l’automatisme comme moyen de défense, cette disposition violait l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* et ne pouvait être sauvegardée en vertu de l’article premier. Il a affirmé qu’il devait pouvoir invoquer ce moyen de défense contre les deux accusations, y compris l’infraction relative aux voies de fait graves à laquelle l’art. 33.1 était censé s’appliquer.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta*

- (1) La décision sur la constitutionnalité, 2019 ABQB 770 (le juge deWit)

[22] Dans un jugement rendu à la suite d’un *voir-dire*, le juge deWit a conclu que l’art. 33.1 violait les principes de justice fondamentale et la présomption d’innocence garantis par la *Charte*, et qu’il n’était par ailleurs pas justifié en vertu de l’article premier.

[23] Le juge qui a tenu le *voir-dire* a fait observer que l’art. 33.1 [TRADUCTION] « ne traite pas des conséquences des actes criminels », mais « exclut simplement toute preuve ou tout argument concernant la *mens rea* et le caractère volontaire des actes de l’accusé » (par. 29-30). Il a conclu que l’art. 33.1 permettait de déclarer coupable un accusé en l’absence de preuve que l’infraction violente visée au par. 33.1(3) avait été commise de façon intentionnelle ou volontaire, ce qui contrevient à l’art. 7 de la *Charte* (par. 31). Selon lui, l’art. 33.1 opère plutôt de manière semblable à un régime de responsabilité absolue. Le juge a également statué que l’art. 33.1 permettait de déclarer l’accusé coupable même lorsqu’il existait un doute raisonnable quant aux éléments essentiels de l’infraction reprochée, en contravention avec l’al. 11d) (par. 37).

[24] He then held that these limits cannot be reasonably justified in a free and democratic society. The judge did recognize that the provision had pressing and substantial objectives relevant to s. 1 of the *Charter*. Section 33.1 was not, however, minimally impairing, as there were less harmful means of assuring Parliament's protection and accountability objectives (para. 80). For the *voir dire* judge, the deleterious effects of s. 33.1 outweighed its benefits. Section 33.1's primary flaw is that it offends "sacrosanct" principles of the legal system designed to avoid convicting the morally innocent (para. 89). This negative effect outweighs the benefits of the law, especially when Parliament could have adopted a better-tailored rule bearing on the consumption of intoxicants and their effects.

[25] The *voir dire* judge declared s. 33.1 to be of no force and effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. As a result, Mr. Brown was entitled to raise the defence of extreme intoxication akin to automatism that s. 33.1 purported to exclude.

(2) Reasons for Judgment on the Merits, 2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375 (Hollins J.)

[26] At trial, Mr. Brown led evidence in support of the defence of extreme intoxication akin to automatism. Hollins J. held that every material piece of evidence supported a finding of automatism.

[27] The trial judge found that Mr. Brown was in a state of delirium due to his consumption of psilocybin, "which meant that he was not acting voluntarily in the commission of these offences nor with knowledge of his acts" (para. 34). Expert testimony was adduced that Mr. Brown's conduct was involuntary at the time of the offences and he had no conscious control over or awareness of his actions. A forensic psychologist, Dr. Thomas Dalby, stated that Mr. Brown's delirium

[24] Le juge a ensuite conclu que ces limites ne pouvaient raisonnablement se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il a toutefois reconnu que cette disposition visait des objectifs urgents et réels dont il fallait tenir compte pour l'application de l'article premier de la *Charte*. Cependant, l'art. 33.1 ne portait pas selon lui une atteinte minimale, étant donné qu'il existait des moyens moins attentatoires de réaliser les objectifs de protection et de responsabilisation visés par le Parlement (par. 80). Pour le juge qui a tenu le voir-dire, les effets préjudiciables de l'art. 33.1 l'emportaient sur ses avantages. Le principal défaut de l'art. 33.1 est le fait qu'il porte atteinte à des principes [TRADUCTION] « sacro-saints » du système juridique qui sont conçus pour éviter que des personnes moralement innocentes soient déclarées coupables (par. 89). Cet effet négatif de la disposition l'emportait sur ses avantages, d'autant plus que le Parlement aurait pu adopter une règle mieux adaptée à la consommation de substances intoxicantes et à leurs effets.

[25] Le juge qui a tenu le voir-dire a déclaré l'art. 33.1 inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, M. Brown avait le droit d'invoquer le moyen de défense de l'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme que l'art. 33.1 visait à exclure.

(2) Motifs de jugement sur le fond, 2020 ABQB 166, 9 Alta. L.R. (7th) 375 (la juge Hollins)

[26] Au procès, M. Brown a présenté des preuves à l'appui de la défense d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme. La juge Hollins a déclaré que chaque élément de preuve important permettait de conclure à l'automatisme.

[27] La juge du procès a conclu que M. Brown était en proie à un délire provoqué par sa consommation de psilocybine, [TRADUCTION] « ce qui signifie qu'il n'agissait pas volontairement lorsqu'il a commis ces infractions et qu'il n'était pas conscient de ses actes » (par. 34). On a présenté des témoignages d'experts selon lesquels la conduite de M. Brown était involontaire au moment des infractions et qu'il n'avait aucune maîtrise consciente ni conscience de

was caused by the psilocybin and that his reaction was “unanticipated” (A.R., vol. III, at p. 318). An expert in pharmacology, Dr. Mark Yarema, agreed that psilocybin can “induce a state akin to legal automatism” (A.R., vol. III, at p. 241). In his view, Mr. Brown’s actions were those of someone “who has lost touch with reality, does not have a normal level of consciousness, and does not have voluntary control over their actions” (A.R., vol. III, at p. 242).

[28] Hollins J. accepted these conclusions as well as the evidence of other witnesses who testified, including the victims, who were all credible in her view. The defence was an answer to the property-based offence at common law and was available for the charge relating to the aggravated assault given that s. 33.1 had been declared of no force and effect by her colleague, deWit J. Accordingly, she entered acquittals on both counts of the indictment.

B. *Court of Appeal of Alberta, 2021 ABCA 273, 30 Alta. L.R. (7th) 1 (Slatter, Khullar and Hughes J.J.A.)*

[29] In separate opinions written by Slatter, Khullar and Hughes J.J.A., the Court of Appeal reversed deWit J.’s declaration that s. 33.1 was of no force or effect. The court set aside the acquittal on the first count and entered a conviction on the included offence of aggravated assault. The acquittal on the mischief charge, unaffected by s. 33.1, was not appealed.

[30] Slatter and Hughes J.J.A. both held that the *voir dire* judge had erred in concluding that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

[31] For Slatter J.A., the Supreme Court had “expressly invited Parliament to do exactly what it did, namely legislate to fill the gap created by *Daviault*, contemplating that the result would comply with s. 7” (para. 14). Slatter J.A. saw no breach of the principle of voluntariness because it was acceptable

sa conduite. Un psychologue judiciaire, le D^r Thomas Dalby, a déclaré que le délire de M. Brown avait été causé par la psilocybine et que sa réaction était [TRADUCTION] « imprévue » (d.a., vol. III, p. 318). Un spécialiste en pharmacologie, le D^r Mark Yarema, a convenu que la psilocybine pouvait [TRADUCTION] « provoquer un état qui s’apparente à un automatisme au sens juridique » (d.a., vol. III, p. 241). À son avis, les actes de M. Brown étaient ceux d’une personne [TRADUCTION] « qui a perdu contact avec la réalité, qui n’a pas un niveau de conscience normal et qui n’a pas la maîtrise de ses actes » (d.a., vol. III, p. 242).

[28] La juge Hollins a accepté ces conclusions ainsi que le témoignage d’autres personnes, dont les victimes, qui étaient selon elle toutes crédibles. Ce moyen de défense pouvait être opposé à l’accusation de méfait à l’égard d’un bien en common law ainsi qu’à l’accusation de voies de fait graves, étant donné que l’art. 33.1 avait été déclaré inopérant par son collègue, le juge deWit. Elle a par conséquent prononcé l’acquittement à l’égard des deux chefs d’accusation

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2021 ABCA 273, 30 Alta. L.R. (7th) 1 (les juges Slatter, Khullar et Hughes)*

[29] Dans des opinions distinctes rédigées par les juges Slatter, Khullar et Hughes, la Cour d’appel a infirmé le jugement du juge deWit déclarant l’art. 33.1 inopérant. La Cour d’appel a annulé l’acquittement à l’égard du premier chef d’accusation et a inscrit une déclaration de culpabilité relativement à l’infraction incluse de voies de fait graves. L’acquittement relatif à l’accusation de méfait, laquelle n’était pas visée par l’art. 33.1, n’avait pas été porté en appel.

[30] Les juges Slatter et Hughes ont tous deux estimé que le juge ayant tenu le *voir-dire* avait commis une erreur en concluant que l’art. 33.1 violait l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*.

[31] Pour le juge Slatter, la Cour suprême a [TRADUCTION] « expressément invité le Parlement à faire précisément ce qu’il a fait, à savoir légiférer pour combler le vide créé par l’arrêt *Daviault*, en prévoyant que le résultat serait conforme à l’art. 7 » (par. 14). Selon le juge Slatter, il n’y avait pas violation du

for Parliament to criminalize voluntary intoxication in situations where a self-created risk of harm is objectively foreseeable. He further held that there was no breach of the constitutional requirement of *mens rea* because s. 33.1 adopts the marked departure standard, which has been accepted as a sufficient measure of fault, in particular in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3. All that is constitutionally required is an “objectively foreseeable risk of personal injury” (para. 26 (emphasis in original)). Finally, Parliament had not improperly substituted proof of extreme intoxication for proof of the essential elements of the charged offence because s. 33.1 simply “redefined” the *mens rea* for general intent offences (para. 27). Slatter J.A. concluded that by “self-administering a dangerous drug”, a person is responsible for the objectively foreseeable risks associated with self-induced intoxication (para. 30). “It follows”, he wrote, “that there is nothing unconstitutional about Parliament establishing criminal fault based on the risks inherent in self-intoxication” (para. 34).

[32] In the alternative, wrote Slatter J.A., s. 33.1 would be saved under s. 1. Protecting citizens from violent crimes and holding violent citizens accountable, as specific purposes, can be acknowledged as pressing and substantial, in addition to “the general purpose of the criminal law of protecting core social values” (para. 61). The provision has clear benefits: it affirms fundamental societal values about protecting women and children, it restores confidence in the justice system, it encourages the reporting of crime, and it denounces and deters the use of illegal substances. These outweigh any deleterious effects. “No one who is truly morally innocent is impacted”, he wrote (para. 81). He concluded that “it is demonstrably justifiable to hold persons like [Mr. Brown] accountable for their decisions to consume substances known to affect human behaviour” (para. 85). Slatter J.A. concluded that the appeal should be allowed, the declaration of

principe du caractère volontaire parce qu’il était acceptable que le Parlement criminalise l’intoxication volontaire dans des situations où le risque de préjudice que l’on crée soi-même est objectivement prévisible. Il a ajouté qu’il n’y avait pas violation de l’exigence constitutionnelle relative à la *mens rea*, parce qu’à l’art. 33.1, le Parlement a adopté la norme de l’écart marqué, qui a été acceptée comme une faute suffisante, notamment dans l’arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3. La seule exigence que prévoit la Constitution est l’existence d’un [TRADUCTION] « risque objectivement prévisible de causer des lésions corporelles » (par. 26 (souligné dans l’original)). Enfin, le Parlement n’avait pas selon lui irrégulièrement remplacé l’obligation de prouver les éléments essentiels de l’infraction reprochée par celle de démontrer l’intoxication extrême, puisque l’art. 33.1 avait simplement « redéfini » la *mens rea* exigée pour les infractions d’intention générale (par. 27). Le juge Slatter a conclu que l’individu qui [TRADUCTION] « ingère une drogue dangereuse » est responsable des risques objectivement prévisibles associés à son intoxication volontaire (par. 30). [TRADUCTION] « Il s’ensuit », a-t-il écrit, « que le Parlement n’a rien fait d’inconstitutionnel en instaurant la responsabilité criminelle fondée sur les risques inhérents à l’intoxication volontaire » (par. 34).

[32] À titre subsidiaire, a déclaré le juge Slatter, l’art. 33.1 serait sauvegardé par l’article premier. On peut reconnaître que les objectif précis de protéger les citoyens contre les crimes violents et de tenir les citoyens violents responsables de leurs actes sont urgents et réels, sans compter [TRADUCTION] « l’objectif général du droit pénal de protéger les valeurs sociales fondamentales » (par. 61). La disposition comporte des avantages évidents : elle affirme des valeurs sociales fondamentales en matière de protection des femmes et des enfants, elle rétablit la confiance dans le système de justice, elle encourage le signalement des crimes, elle dénonce la consommation de substances illégales et elle cherche à dissuader ceux qui seraient tentés d’en consommer. Ces avantages l’emportent sur tous les effets préjudiciables. [TRADUCTION] « Cette disposition ne touche pas les personnes qui sont véritablement innocentes sur le plan moral », a écrit le juge Slatter (par. 81). Il a

unconstitutionality set aside, and a conviction should be entered for aggravated assault.

[33] In concurring reasons, Hughes J.A. wrote that s. 33.1 requires a measure of fault that reflects a marked departure from the standard of care of a reasonable person. No substitution breach arose under the provision because Parliament created an alternative level of objective fault. Accused persons can still raise a reasonable doubt about whether the intoxication was self-induced or unforeseen. There is no *Charter* breach. If she were wrong in this view, Hughes J.A. would agree with her colleagues that s. 33.1 is saved by s. 1.

[34] In her reasons concurring in the result, Khullar J.A. found breaches of ss. 7 and 11(d) but decided that the provision could be upheld under s. 1. In respect of the *prima facie* breach, she relied on the reasons of Paciocco J.A. in *Sullivan* that s. 33.1 allows conviction even though the conduct of the offence was not voluntary (para. 168, citing *Sullivan*, at paras. 64-74) and, as such, it violated a principle of fundamental justice constitutionally mandated by the *Charter*. Relying further on *Sullivan*, Khullar J.A. noted that s. 33.1 fails to satisfy the minimum *mens rea* required by the *Charter* (para. 168, citing *Sullivan*, at paras. 79-94). Section 33.1 infringed s. 11(d) of the *Charter* to the extent that it allows an accused to be found guilty despite a reasonable doubt whether they had the *mens rea* required by the offence.

[35] Khullar J.A. concluded however that the provision could be saved under s. 1. She stated that the

statué que [TRADUCTION] « tenir les individus comme [M. Brown] responsables de leur décision de consommer des substances dont on sait qu'elles affectent le comportement humain peut se justifier » (par. 85). Le juge Slatter a conclu qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration d'inconstitutionnalité et d'inscrire une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction de voies de fait graves.

[33] Dans ses motifs concordants, la juge Hughes a écrit que l'art. 33.1 exige une faute qui témoigne d'un écart marqué par rapport à la norme de diligence de la personne raisonnable. Aucune violation pour cause de substitution des éléments constitutifs de l'infraction ne résultait de cet article, puisque le Parlement avait créé une norme de faute objective différente. Les accusés peuvent toujours soulever un doute raisonnable sur la question de savoir si leur intoxication était volontaire ou imprévue. Il n'y avait aucune violation de la *Charte*. La juge Hughes a ajouté qu'au cas où elle aurait tort sur ce point, elle se rallierait alors à l'avis de ses collègues suivant lequel l'art. 33.1 est sauvegardé par l'article premier.

[34] Dans ses motifs concordants quant au résultat, la juge Khullar a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 7 et de l'al. 11d), mais a décidé que la validité de la disposition pouvait être confirmée en vertu de l'article premier. Quant à la violation *prima facie*, elle s'est fondée sur les motifs du juge Paciocco dans l'arrêt *Sullivan* suivant lesquels l'art. 33.1 permet de déclarer un accusé coupable même s'il n'a pas perpétré l'infraction de façon volontaire (par. 168, citant *Sullivan*, par. 64-74), ajoutant que l'art. 33.1 contrevenait donc à un principe de justice fondamentale constitutionnalisé par la *Charte*. S'appuyant de nouveau sur l'arrêt *Sullivan*, la juge Khullar a souligné que l'art. 33.1 ne satisfaisait pas à l'exigence de *mens rea* minimale requise par la *Charte* (par. 168, citant *Sullivan*, par. 79-94). L'article 33.1 violait l'al. 11d) de la *Charte* dans la mesure où il permet de déclarer un accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable sur la question de savoir s'il avait la *mens rea* requise pour la perpétration de l'infraction.

[35] La juge Khullar a toutefois conclu que l'art. 33.1 pouvait être sauvegardé en vertu de l'article premier.

justification analysis was a “hard and close case” but that Parliament’s choice was a defensible one in light of the options it reviewed (para. 166).

[36] For Khullar J.A., Parliament had pressing and substantial objectives relating to accountability and protection in enacting s. 33.1. She disagreed with the view, expressed by the majority in *Sullivan*, that the accountability purpose is constitutionally impermissible. She was of the view that the majority in *Sullivan* confused the purpose of the provision with its effects (para. 184). Turning to the proportionality leg of the s. 1 test, Khullar J.A. found that the means were rationally connected to these objectives. Section 33.1 serves as a deterrent and strengthens a social ethos that disapproves of excessive intoxication leading to violence.

[37] Khullar J.A. observed that the provision might have been drafted using the modified objective test described by the *voir dire* judge which would have been “less problematic” (para. 197). Parliament was, however, owed deference in its choice for the difficult moral issues. Thus, s. 33.1 passed the minimal impairment stage of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103).

[38] At the final balancing stage, Khullar J.A. acknowledged that there are “serious and troubling negative effects of s. 33.1” in that it allows conviction for violent crimes even where the conduct constituting the *actus reus* is not voluntary and the accused does not possess the *mens rea* required for the general intent offence (para. 201). However, the important benefits outweigh these deleterious effects, including the protection of women and children that “breathes some meaning into the equality rights of victims” (para. 202). It also deters the irresponsible use and mixing of intoxicants that could lead to automatism and violent behaviour (para. 204): “Parliament is

Elle a mentionné que l’issue de l’analyse de la justification était [TRADUCTION] « une affaire difficile et serrée », mais que le choix du Parlement était défendable compte tenu des options qu’il avait examinées (par. 166).

[36] D’après la juge Khullar, en adoptant l’art. 33.1, le Parlement visait des objectifs urgents et réels de responsabilisation des auteurs de crimes et de protection des victimes. La juge Khullar n’était pas d’accord avec l’opinion — exprimée par la majorité dans *Sullivan* — selon laquelle l’objectif de responsabilisation était inacceptable sur le plan constitutionnel. Elle était d’avis que la majorité dans *Sullivan* avait confondu l’objectif de la disposition avec ses moyens (par. 184). En ce qui concerne le volet « proportionnalité » de l’analyse fondée sur l’article premier, la juge Khullar a conclu qu’il existait un lien rationnel entre les moyens employés et les objectifs en question. L’article 33.1 se veut dissuasif et renforce une éthique sociale qui réproouve toute intoxication excessive menant à des actes de violence.

[37] La juge Khullar a fait observer que cette disposition aurait pu être rédigée en appliquant le critère objectif modifié qui avait été exposé par le juge ayant tenu le voir-dire, ce qui aurait été [TRADUCTION] « moins problématique » (par. 197). Il fallait toutefois s’en remettre aux choix du Parlement sur des questions morales épineuses. L’article 33.1 franchissait donc l’étape de l’atteinte minimale de l’analyse prescrite par l’arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

[38] À l’étape finale, celle de la mise en balance des intérêts publics contradictoires, la juge Khullar a reconnu que [TRADUCTION] « l’art. 33.1 comporte des effets négatifs graves et troublants », dès lors qu’il permet de déclarer un accusé coupable d’un crime violent même lorsque les actes constituant l’*actus reus* n’étaient pas volontaires et que l’accusé ne possédait pas la *mens rea* requise pour commettre l’infraction d’intention générale (par. 201). Toutefois, les avantages importants de cet article, y compris la protection des femmes et des enfants qui [TRADUCTION] « insufflent un certain sens aux droits des victimes à l’égalité » (par. 202), l’emportent selon

entitled to craft a legislative response regardless of how often an accused would fall within s. 33.1” (para. 207).

[39] In conclusion, Khullar J.A. adopted Slatter J.A.’s disposition of the matter. The Court entered a conviction for aggravated assault.

IV. Issue

[40] The only issue is whether s. 33.1 violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and, if so, whether it can be saved under s. 1.

[41] Section 33.1 provides:

33.1 (1) It is not a defence to an offence referred to in subsection (3) that the accused, by reason of self-induced intoxication, lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence, where the accused departed markedly from the standard of care as described in subsection (2).

(2) For the purposes of this section, a person departs markedly from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society and is thereby criminally at fault where the person, while in a state of self-induced intoxication that renders the person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour, voluntarily or involuntarily interferes or threatens to interfere with the bodily integrity of another person.

(3) This section applies in respect of an offence under this Act or any other Act of Parliament that includes as an element an assault or any other interference or threat of interference by a person with the bodily integrity of another person.

elle sur ses effets préjudiciables. Cet article a en outre un effet dissuasif auprès de ceux qui consomment des substances intoxicantes ou qui les mélangent de façon irresponsable, ce qui risque d’entraîner un automatisme et des comportements violents (par. 204) : [TRADUCTION] « Il était loisible au Parlement de concevoir une mesure législative peu importe la fréquence à laquelle des accusés tomberaient sous le coup de l’art. 33.1 » (par. 207).

[39] En conclusion, la juge Khullar était d’avis de trancher l’affaire comme le proposait le juge Slatter. La Cour d’appel a inscrit une déclaration de culpabilité à l’égard de l’infraction de voies de fait graves.

IV. Question en litige

[40] La seule question à trancher est de savoir si l’art. 33.1 viole l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* et, dans l’affirmative, s’il peut être sauvegardé en vertu de l’article premier.

[41] L’article 33.1 dispose :

33.1 (1) Ne constitue pas un moyen de défense à une infraction visée au paragraphe (3) le fait que l’accusé, en raison de son intoxication volontaire, n’avait pas l’intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l’infraction, dans les cas où il s’écarte de façon marquée de la norme de diligence énoncée au paragraphe (2).

(2) Pour l’application du présent article, une personne s’écarte de façon marquée de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne et, de ce fait, est criminellement responsable si, alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d’avoir conscience de sa conduite, elle porte atteinte ou menace de porter atteinte volontairement ou involontairement à l’intégrité physique d’autrui.

(3) Le présent article s’applique aux infractions créées par la présente loi ou toute autre loi fédérale dont l’un des éléments constitutifs est l’atteinte ou la menace d’atteinte à l’intégrité physique d’une personne, ou toute forme de voies de fait.

V. Analysis

A. *Intoxication and Criminal Liability*

[42] While Mr. Brown was convicted of aggravated assault, it is of central importance to recall that s. 33.1 blocks the defence of automatism for all general intent crimes designated in s. 33.1(3), including sexual assault and some other forms of gendered violence. Intoxicated sexual assault was in issue in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, and *Daviault*. Domestic and sexual violence have had, as the preamble of Bill C-72 makes plain, a “particularly disadvantageous impact on the equal participation of women and children in society” and Parliament was especially concerned not to allow voluntary intoxication to “excuse” violence against women and children. It is not only important that this preoccupation be recognized as legitimate, but that it be understood as having shaped arguments challenging the provision (see I. Grant, “Second Chances: Bill C-72 and the *Charter*” (1995), 33 *Osgoode Hall L.J.* 379).

[43] The common law has developed an unsympathetic view towards offenders who argue that their intoxication rendered them incapable of forming the necessary guilty mind. In principle, intoxication does not allow the guilty to evade the stigma of proper conviction or the exacting of fair punishment in Canadian law. Intoxication short of automatism is never a defence to crimes of general intent, including manslaughter, assault, and sexual assault (see *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479 (H.L.); *Leary*, at pp. 57-60). In *Leary*, the majority determined that the recklessness involved in becoming drunk was sufficient to find the guilty mind for whatever general intent offence follows. At the time, the *Leary* rule applied to all degrees of intoxication, including extreme intoxication akin to automatism. Intoxication may only negate fault for crimes of specific intent, such as murder, by reason of the complexity of *mens rea* required for conviction. It bears repeating: The rule that intoxication is not a defence to general intent crimes remains untouched

V. Analyse

A. *Intoxication et responsabilité criminelle*

[42] Bien que M. Brown ait été déclaré coupable de voies de fait graves, il est d’une importance capitale de rappeler que l’art. 33.1 fait obstacle à la défense d’automatisme pour tous les crimes d’intention générale visés par le par. 33.1(3), dont l’agression sexuelle et d’autres formes de violence fondée sur le genre. Il était question d’agression sexuelle commise en état d’intoxication dans les affaires *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, et *Daviault*. Comme l’indique clairement le préambule du projet de loi C-72, la violence familiale et sexuelle « entrave la participation des femmes et des enfants dans la société », et le Parlement était particulièrement soucieux de ne pas permettre aux accusés d’invoquer leur intoxication volontaire pour « justifier » des actes de violence commis contre des femmes et des enfants. Il est non seulement important que l’on reconnaisse la légitimité de cette préoccupation, mais qu’on comprenne qu’elle a façonné les arguments invoqués pour contester cette disposition (voir I. Grant, « Second Chances : Bill C-72 and the *Charter* » (1995), 33 *Osgoode Hall L.J.* 379).

[43] La common law s’est montrée peu indulgente à l’égard des contrevenants qui affirment que leur intoxication les rendait incapables de former l’intention coupable nécessaire. En principe, l’intoxication ne permet pas au coupable d’échapper au caractère infamant d’une déclaration de culpabilité légitime ou à l’infliction d’une peine juste en droit canadien. L’intoxication sans automatisme ne constitue jamais un moyen de défense opposable aux crimes d’intention générale, dont l’homicide involontaire coupable, les voies de fait et l’agression sexuelle (voir *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479 (H.L.); *Leary*, p. 57-60). Dans l’arrêt *Leary*, la majorité a estimé que l’insouciance dont fait preuve la personne qui s’enivre était une raison suffisante pour conclure à l’existence d’une intention coupable pour toute infraction d’intention générale qui s’ensuit. À l’époque, la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* s’appliquait à tous les degrés d’intoxication, y compris l’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme. L’intoxication n’exonère l’accusé que dans le cas des

by this appeal, except in the case of intoxication akin to automatism.

[44] The constitutionality of the *Leary* rule was upheld in *Bernard*. In concurring reasons, Wilson J. upheld the rule on the basis that the *mens rea* for sexual assault could be inferred from the commission of the act, notwithstanding drunkenness, where the accused engaged in an “intentional and voluntary” act (p. 883). Wilson J. was quick however to distinguish the facts of *Bernard* from cases of extreme intoxication akin to automatism. Wilson J. took care to note that, in a case of true automatism, the *Leary* rule could violate the presumption of innocence by substituting the fault of becoming drunk for the fault of the charged offence (pp. 889-90).

[45] It bears recalling, then, that most degrees of intoxication do not provide a defence to crimes of general intent like the offence of aggravated assault from which Mr. Brown was convicted on appeal. Only the highest form of intoxication — that which results in a person losing voluntary control of their actions — is at issue here: extreme intoxication akin to automatism as a defence to violent crimes of general intent and, then again only intoxication that is self-induced.

[46] The defence of automatism denies the element of voluntariness and therefore negates the *actus reus* of the offence (*R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1321; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at p. 896). Involuntary conduct is understood to be genuinely exculpatory because, while the prohibited act was harmful, the accused lacks the capacity to answer for what they did (J. Gardner, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (2007), at p. 142). A physically involuntary act,

crimes d’intention spécifique, tel le meurtre, en raison de la complexité de la *mens rea* exigée pour qu’il y ait déclaration de culpabilité. Je le répète : la règle selon laquelle l’intoxication ne constitue pas un moyen de défense opposable aux crimes d’intention générale n’est pas touchée par le présent pourvoi, sauf dans les cas d’intoxication s’apparentant à l’automatisme.

[44] La constitutionnalité de la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* a été confirmée dans l’arrêt *Bernard*. Dans ses motifs concordants, la juge Wilson a confirmé cette règle parce que la *mens rea* requise pour qu’il y ait agression sexuelle pouvait être déduite de la perpétration de l’acte, indépendamment de l’état d’ébriété, lorsque l’accusé commet l’acte de façon « intentionnelle et volontaire » (p. 883). Toutefois, la juge Wilson s’est empressée d’établir une distinction entre les faits de l’affaire *Bernard* et les cas d’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme. Elle a pris soin de noter que, dans le cas d’un véritable automatisme, la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* pouvait violer la présomption d’innocence en substituant l’intention de s’enivrer à l’intention de commettre l’infraction reprochée (p. 889-890).

[45] Il convient de rappeler que la plupart des degrés d’intoxication ne peuvent pas être opposés comme moyen de défense à des crimes d’intention générale comme les voies de fait graves dont M. Brown a été déclaré coupable en appel. Seul le degré le plus élevé d’intoxication — celui qui rend l’individu incapable de se maîtriser — est en cause en l’espèce : l’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme en tant que moyen de défense contre les accusations de crimes violents d’intention générale et, rappelons-le, uniquement si cette intoxication est volontaire.

[46] La défense d’automatisme nie le caractère volontaire de l’acte et écarte par conséquent l’*actus reus* de l’infraction (*R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1321; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, p. 896). On considère que l’acte involontaire est véritablement disculpatoire parce que, même si l’acte prohibé était préjudiciable, l’accusé n’a pas la capacité de répondre de ses actes (J. Gardner, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (2007), p. 142). L’acte involontaire,

however wrongful in outward appearance, is not a guilty act that can be imputed to an accused.

[47] Automatism is reflected in involuntary movements that may be associated with heart attacks, seizures or “external” shock, or conditions such as sleepwalking or delirium, where the body moves but there is no link between mind and body (*Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), at p. 409; *Rabey*, at p. 523). Physical voluntariness is a principle of fundamental justice and a requirement of all true criminal offences, central to the criminal law’s desire to avoid convicting the morally innocent (*Daviault*, at p. 74; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, at paras. 46-47; *R. v. Bouchard-Lebrun*, 2011 SCC 58, [2011] 3 S.C.R. 575, at para. 45). Absent a willed movement of the body, the Crown cannot prove the *actus reus* beyond a reasonable doubt (*R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at pp. 17-18). This is distinguished from moral involuntariness, which describes scenarios where the accused retains conscious control over their body but has no realistic choice but to commit a guilty act (*Ruzic*, at para. 44).

[48] In addition, an automaton cannot form the *mens rea*, or guilty mind, if their actions are involuntary. Where an accused has no conscious awareness of their movements, they necessarily cannot intend their involuntary acts. Imposing criminal liability in the absence of proof of fault also offends the principles of fundamental justice (*Motor Vehicle Reference*, at pp. 513-15).

[49] I recall that, in *Bernard*, Wilson J. wrote that in a case of true intoxication akin to automatism, it may be improper to substitute proof of intention to become intoxicated for proof of intention to commit the violent offence (pp. 889-90). The choice to become intoxicated through legal or illegal means, a choice that many Canadians make, cannot be said to be the same as an intention to perpetrate the illegal act. The substitution violates the presumption of innocence,

aussi fautif soit-il en apparence, n’est pas un acte coupable qui peut être imputé à l’accusé.

[47] L’automatisme se manifeste par des mouvements involontaires qui peuvent être associés à des crises cardiaques, à des convulsions ou à des chocs « externes », ou encore à des états comme le somnambulisme ou le *delirium*, où le corps de l’individu peut bouger, mais où il n’y a aucune connexion entre l’esprit et le corps (*Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), p. 409; *Rabey*, p. 523). Le caractère volontaire au sens physique est un principe de justice fondamentale et une condition qui doit être respectée pour toutes les véritables infractions criminelles; il constitue un élément central de la préoccupation du droit criminel d’éviter que des personnes moralement innocentes soient condamnées (*Daviault*, p. 74; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 46-47; *R. c. Bouchard-Lebrun*, 2011 CSC 58, [2011] 3 R.C.S. 575, par. 45). Sans mouvement corporel volontaire de l’accusé, la Couronne ne peut pas prouver l’*actus reus* hors de tout doute raisonnable (*R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, p. 17-18). Ce phénomène se distingue du caractère involontaire au sens moral, un concept qui décrit des scénarios où l’accusé conserve la maîtrise de son corps, mais n’a d’autre choix réaliste que de commettre un acte coupable (*Ruzic*, par. 44).

[48] De plus, un automate ne peut former la *mens rea* ou l’intention coupable requise si ses actes sont involontaires. L’accusé dépourvu de la maîtrise consciente de sa conduite ne peut évidemment pas avoir l’intention de commettre ses actes involontaires. Engager la responsabilité criminelle d’une personne sans preuve qu’elle a commis une faute contrevient aussi aux principes de justice naturelle (*Renvoi sur la MVA*, p. 513-515).

[49] Rappelons que dans l’arrêt *Bernard*, la juge Wilson a écrit que, dans un cas d’intoxication véritable s’apparentant à l’automatisme, il pourrait ne pas convenir de substituer la preuve de l’intention de s’intoxiquer à la preuve de l’intention de commettre l’infraction violente (p. 889-890). Le choix de s’intoxiquer par des moyens légaux ou illégaux — choix que font de nombreux Canadiens — ne peut pas être assimilé à l’intention de commettre l’acte illégal.

because a person can be convicted despite a reasonable doubt about whether the essential elements of the offence have been established (*Oakes*, at p. 134; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 656).

[50] I note that the defence has been referred to as “rare” in the case law (*Daviault*, at pp. 92-93; *Sullivan*, at para. 118). The Attorney General of Manitoba disputes that and points to instances of violence involving street drugs with known psychosis-inducing properties. It is certainly plain that intoxicated violence is a serious social problem. Whatever proportion of this phenomenon relates to involuntary conduct, it is notable that extreme intoxication akin to automatism is an exigent defence requiring the accused to show that their consciousness was so impaired as to deprive them of all willed control over their actions. This is not the same as simply waking up with no memory of committing a crime. A failure to remember does not prove that an individual was acting involuntarily. Nor is it the same as suffering a psychotic episode where physical voluntariness remains intact. But even if one were to accept that the defence is a rarity, it hardly seems conclusive to either side of the debate. It is cold comfort to the victim of extreme intoxicated violence that their plight is a rare one. And it is equally chilling to think that denying the defence to a person who is morally and physically incapable of committing a crime is somehow palatable in that it is a rare occurrence.

[51] Disagreements concerning the blameworthiness of voluntary intoxication animated the majority and minority opinions in *Daviault*, which addressed squarely the impact of the *Leary* rule and the preoccupations of Wilson J. in *Bernard* on extreme intoxication akin to automatism.

Une telle substitution porte atteinte à la présomption d’innocence, car un individu pourrait alors être déclaré coupable même s’il subsiste un doute raisonnable quant à l’établissement des éléments essentiels de l’infraction (*Oakes*, p. 134; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 656).

[50] Je constate que la défense a été qualifiée de phénomène « rare » dans la jurisprudence (*Daviault*, p. 92-93; *Sullivan*, par. 118). Le procureur général du Manitoba conteste cette affirmation et cite des cas de violence mettant en cause des drogues illicites aux propriétés psychotropes connues. De toute évidence, la violence perpétrée en état d’intoxication est un grave problème social. Quelle que soit la part de ce phénomène rattachée à la conduite involontaire, il convient de signaler que l’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme est un moyen de défense exigeant, qui oblige l’accusé à démontrer que sa conscience était diminuée à un point tel qu’il n’avait aucun contrôle volontaire de ses actes. Ce n’est pas la même chose que le simple fait de se réveiller sans se rappeler d’avoir commis un crime. L’incapacité d’un individu à se rappeler ce qu’il a fait ne prouve pas qu’il agissait involontairement. Ce n’est pas non plus la même chose qu’un épisode psychotique où le caractère volontaire au sens physique demeure intact. Mais même si l’on acceptait que la défense est rarement invoquée, cela ne semble guère concluant pour l’un ou l’autre point de vue. Le fait qu’il arrive rarement qu’une personne soit la victime d’actes violents commis en état d’intoxication extrême constitue un bien piètre réconfort pour cette personne. Il est tout aussi effrayant de penser que le fait de refuser le moyen de défense en cause à une personne moralement et physiquement incapable de commettre un crime soit d’une façon ou d’une autre acceptable au motif que de tels actes se produisent rarement.

[51] Le désaccord quant au caractère répréhensible de l’intoxication volontaire était au cœur des opinions majoritaire et minoritaire dans l’arrêt *Daviault*, opinions qui ont abordé directement l’impact de la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* et les préoccupations exprimées par la juge Wilson dans l’arrêt *Bernard* sur l’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme.

(1) *Daviault*

[52] Mr. Daviault sexually assaulted an acquaintance after drinking 7 or 8 bottles of beer and 35 ounces of brandy, an amount that would likely cause death or a coma in an ordinary person. The issue was, as a matter of law, whether evidence of extreme self-induced intoxication akin to automatism could ground a defence to the general intent crime of sexual assault. Cory J. for the majority held that the *Leary* rule offended ss. 7 and 11(d) of the *Charter* in three ways, helpfully explained by Paciocco J.A. in *Sullivan* as the “voluntariness breach”, the “improper substitution breach” and the “mens rea breach” (*Sullivan*, at para. 47; *Daviault*, at pp. 89-92).

[53] The majority was concerned that an accused in a state of extreme intoxication akin to automatism could be convicted for conduct that, by reason of its involuntary character, cannot amount to the *actus reus* of the offence, for which proof beyond a reasonable doubt must be made. This violation of the criminal law’s voluntariness principle would breach the principles of fundamental justice in s. 7 of the *Charter* (pp. 91-92). Moreover, the choice to become intoxicated cannot be properly substituted for the *mens rea* of the offence charged. Proof of voluntary intoxication does not inevitably lead to the conclusion that the accused had the requisite mental element required for conviction. The improper substitution of proof of self-induced intoxication for proof of *mens rea* of the offence is a breach of the presumption of innocence (s. 11(d)) (p. 92). Finally, the majority in *Daviault* recalled that voluntary intoxication is not a crime and the consequences of self-induced intoxication may themselves not be voluntary or foreseeable. To convict a person based on self-induced intoxication means that an accused might not have the constitutionally required minimum *mens rea* that fits the offence charged and the criminal sanction that attaches thereto. This would violate the principles of fundamental justice

(1) *L’arrêt Daviault*

[52] Monsieur Daviault a agressé sexuellement une connaissance après avoir consommé 7 ou 8 bouteilles de bière et 35 onces de brandy, une quantité d’alcool qui aurait probablement entraîné la mort ou le coma chez une personne normale. La question était de savoir si, en droit, la preuve d’une intoxication extrême volontaire s’apparentant à l’automatisme pouvait fonder un moyen de défense opposable au crime d’intention générale d’agression sexuelle. Le juge Cory, au nom de la majorité, a déclaré que la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* violait l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* de trois façons, que le juge Paciocco a utilement décrites ainsi dans l’arrêt *Sullivan* : la [TRADUCTION] « violation du principe du caractère volontaire », la « violation pour cause de substitution irrégulière » et la « violation pour cause de négation de la *mens rea* » (*Sullivan*, par. 47; *Daviault*, p. 89-92).

[53] Les juges majoritaires ont exprimé des préoccupations quant à la possibilité qu’un accusé se trouvant dans un état d’intoxication extrême qui s’apparente à l’automatisme puisse être condamné pour des actes qui, en raison de leur caractère involontaire, ne peuvent constituer l’*actus reus* de l’infraction, lequel requiert une preuve hors de tout doute raisonnable. Cette violation du principe du caractère volontaire en droit criminel contreviendrait aux principes de justice fondamentale visés à l’art. 7 de la *Charte* (p. 91-92). De plus, le choix de s’intoxiquer ne peut être substitué régulièrement à la *mens rea* de l’infraction reprochée. La preuve d’une intoxication volontaire n’entraîne pas inévitablement la conclusion que l’accusé possédait l’élément moral requis pour être reconnu coupable. La substitution irrégulière de la preuve d’intoxication volontaire à la preuve de la *mens rea* de l’infraction porte atteinte à la présomption d’innocence (al. 11d)) (p. 92). Enfin, dans l’arrêt *Daviault*, la majorité a rappelé que l’intoxication volontaire n’est pas un crime et que les conséquences de l’intoxication volontaire ne sont pas nécessairement volontaires ou prévisibles. Déclarer coupable une personne en raison de son intoxication volontaire signifierait que l’accusé pourrait ne pas avoir la *mens rea* minimale requise par la Constitution et correspondant à l’infraction

in s. 7 of the *Charter* and constitutes the *mens rea* breach (*ibid.*).

[54] The majority in *Daviault* thus modified the rule that intoxication is not a defence to crimes of general intent. Exceptionally, a defence of extreme intoxication akin to automatism, including self-induced extreme intoxication, could be raised by an accused, although intoxication short of automatism would still not be a defence, as it will not interfere with someone's ability to form the minimum mental element required for a general intent offence (pp. 99-101). Cory J. invited Parliament to legislate to meet what he considered to be the rare case of this degree of intoxication, noting that it was "always open to Parliament to fashion a remedy which would make it a crime to commit a prohibited act while drunk" (p. 100).

[55] In dissent, Sopinka J. said that self-induced extreme intoxication cannot be a defence for general intent crimes such as sexual assault. In his view, the principles of fundamental justice could be satisfied if there is a blameworthy mental element and the level of blameworthiness is not disproportionate to the seriousness of the offence (p. 118). Those who voluntarily consume alcohol or drugs and render themselves involuntary are not morally blameless. Sopinka J. wrote that the voluntariness principle must give way as a "perpetrator who by his or her own fault brings about the conditions should not escape punishment" (p. 121).

[56] Thus, following *Daviault*, at common law, an accused was entitled to an acquittal for a general intent offence if they could prove, on a balance of probabilities, that they committed the acts involuntarily, while

qui lui est reprochée et à la sanction criminelle qui s'y rattache. Cela violerait les principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte* et écarterait la *mens rea* (*ibid.*).

[54] Dans l'arrêt *Daviault*, la majorité a donc modifié la règle selon laquelle l'intoxication ne constitue pas un moyen de défense opposable aux crimes d'intention générale. Exceptionnellement, l'accusé pourrait faire valoir une défense d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme, même lorsqu'il a lui-même provoqué son intoxication extrême. Cependant, l'intoxication sans automatisme ne constituerait toujours pas une défense, puisque l'individu pourrait quand même être en mesure de former l'élément moral minimal requis pour être reconnu coupable d'une infraction d'intention générale (p. 99-101). Le juge Cory a invité le Parlement à légiférer sur ce qu'il estimait être ce degré d'intoxication rare, en faisant observer que « le législateur a toujours la possibilité d'adopter une disposition législative qui criminaliserait la perpétration d'un acte prohibé lorsque l'auteur est en état d'ébriété » (p. 100).

[55] Le juge Sopinka, dissident, a affirmé que l'intoxication volontaire extrême ne peut constituer un moyen de défense opposable à des crimes d'intention générale comme l'agression sexuelle. À son avis, on pouvait satisfaire aux principes de justice fondamentale lorsqu'il existe un état d'esprit blâmable et que le degré du caractère répréhensible n'est pas disproportionné à la gravité de l'infraction (p. 118). La personne qui consomme volontairement de l'alcool ou des drogues au point de s'empêcher de savoir ce qu'elle fait n'est pas sans reproche sur le plan moral. Le juge Sopinka a estimé que le principe de l'acte volontaire ne devait pas s'appliquer, étant donné que « l'auteur du crime qui, par sa propre faute, est à l'origine de son état ne devrait pas échapper à la punition » (p. 121).

[56] Par conséquent, à la suite de l'arrêt *Daviault*, un accusé avait le droit, en common law, d'être acquitté relativement à une infraction d'intention générale s'il pouvait démontrer, selon la prépondérance des

in a state of extreme intoxication akin to automatism. In order to do so, the accused must adduce expert evidence.

[57] In its aftermath, the majority opinion in *Daviault* was criticized for its “alarming lack of consideration of the social context of sexual assault particularly for women and children” (I. Grant, “The Limits of *Daviault*” (1995), 33 C.R. (4th) 277, at p. 287; see also M. Shaffer, “*R. v. Daviault*: A Principled Approach To Drunkenness or A Lapse of Common Sense?” (1996), 3 *Rev. Const. Stud.* 311, at pp. 324-27). Professor Grant, for example, argued that alcohol is often implicated in gendered violence, and therefore strong equality protections are necessary (“Second Chances: Bill C-72 and the *Charter*”, at p. 389). She wrote that “[t]he suggestion that someone could be too drunk to be convicted of sexual assault shocked the public’s sense of justice and common sense” (p. 383).

(2) Bill C-72

[58] Within a relatively short period following the judgment of this Court in *Daviault*, Parliament added s. 33.1 to the general part (Part I — General) of the *Criminal Code*, which sought to abolish self-induced intoxication akin to automatism as a defence to general intent offences involving violence. The preamble of Bill C-72, to which I will return, emphasized Parliament’s concerns regarding intoxicated violence and its impact on the equality and security interests of women and children. It also spoke to the moral view that someone who caused harm while voluntarily intoxicated was blameworthy and should be held accountable for that harm.

[59] Before the Standing Committee on Justice and Legal Affairs in advance of the Bill’s enactment, the

probabilités, qu’il avait commis les actes en question involontairement, alors qu’il se trouvait dans un état d’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme. Pour ce faire, l’accusé doit produire une preuve d’expert.

[57] On a par la suite reproché à l’opinion des juges majoritaires dans l’arrêt *Daviault* [TRADUCTION] « son inquiétante absence de considération pour le contexte social de l’agression sexuelle, en particulier dans le cas des femmes et des enfants » (I. Grant, « The Limits of *Daviault* » (1995), 33 C.R. (4th) 277, p. 287; voir aussi M. Shaffer, « *R. v. Daviault* : A Principled Approach To Drunkenness or A Lapse of Common Sense? » (1996), 3 *R. études const.* 311, p. 324-327). La professeure Grant, par exemple, a fait valoir que l’alcool était souvent en cause dans la violence fondée sur le genre et que, par conséquent, de solides protections en matière d’égalité étaient nécessaires (« Second Chances : Bill C-72 and the *Charter* », p. 389). Elle a écrit que [TRADUCTION] « [l]’idée selon laquelle une personne peut être trop ivre pour être déclarée coupable d’agression sexuelle a choqué le sens de justice de la collectivité en plus d’aller à l’encontre du bon sens » (p. 383).

(2) Le projet de loi C-72

[58] Dans un délai relativement court après l’arrêt *Daviault* de notre Cour, le Parlement a ajouté l’art. 33.1 à la partie I (Dispositions générales) du *Code criminel*, dans le but d’abolir l’intoxication volontaire s’apparentant à l’automatisme en tant que moyen de défense opposable aux infractions d’intention générale comportant de la violence. Le préambule du projet de loi C-72, sur lequel je reviendrai, soulignait les préoccupations du Parlement face à la violence perpétrée par des personnes qui s’intoxiquent et aux conséquences de cette violence sur les droits à l’égalité et à la sécurité des femmes et des enfants. Il déclarait également, que sur le plan moral, la personne qui cause du tort à autrui alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire commet un acte répréhensible dont elle devrait être tenue responsable.

[59] Avant l’adoption du projet de loi, le ministre de la Justice a déclaré devant le Comité permanent

Minister of Justice stated that in *Daviault*, Sopinka J. “wrote a strong judgment for the dissent. . . . He was able to conclude that the moral blameworthiness in the act of inducing your own intoxication was sufficient as a link to criminal liability for the harm charged in the offence” (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, No. 98, 1st Sess., 35th Parl., April 6, 1995, at p. 17). He stated that the draft amendment provided a sufficient level of fault in that self-induced intoxication to the point of automatism was a departure from the standard of care (*ibid.*). In its response to *Daviault*, Parliament thus sought to supply a link between the intention to become intoxicated and the intention to commit a crime of violence identified by the majority. It endeavoured to do so by legislating the marked departure standard described in s. 33.1(2), which was viewed as avoiding the constitutional infirmities identified by Cory J. and extending the moral and policy reasoning of Sopinka J.’s dissent.

[60] Even after *Daviault*, there is general agreement that a person acting in a state of automatism deserves an acquittal where their loss of control is truly morally blameless. But, to borrow a phrase from the United Kingdom Law Commission, there is a persistent sense shared by many that “it is not fair for there to be an acquittal where the accused may be blamed for whatever led to the loss of control” (*Criminal Liability: Insanity and Automatism — A Discussion Paper* (2013), at para. 1.117). On this view, a person whose automatism is brought about by self-induced extreme intoxication should shoulder that blame and the law should not allow them to escape liability for their violent conduct. There is a perceived difference, say, between a person who consumes a spiked drink and, as a result, loses control of their actions and another person who, because they chose to drink or take drugs to excess, falls into a state akin to automatism. At the same time, issues related to agency and automatism are complicated by other factors, including the social problem of addiction that may have a bearing on the question of moral blameworthiness (see, generally, L. Silver, *Who is Responsible for Extreme Intoxication?*, October 7, 2021 (online);

de la Justice et des questions juridiques que, dans l’arrêt *Daviault*, le juge Sopinka « a rédigé, en termes rigoureux, un jugement [. . .] dissident, concluant que dans le fait de causer sa propre intoxication, le caractère répréhensible était suffisant pour établir un lien avec la responsabilité criminelle, pour le tort causé par le délit » (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, n° 98, 1^{re} sess., 35^e lég., 6 avril 1995, p. 17). Il a déclaré que le projet de modification prévoyait un degré de faute suffisant en ce sens que l’intoxication volontaire voisine de l’automatisme constituait un écart par rapport à la norme de diligence (*ibid.*). Dans sa réponse à l’arrêt *Daviault*, le Parlement a donc cherché à intégrer le lien proposé par les juges majoritaires entre l’intention de s’intoxiquer et l’intention de commettre un crime violent. Il a tenté de le faire en adoptant la norme de l’écart marqué au par. 33.1(2), lequel a été perçu comme une mesure visant à corriger les lacunes constitutionnelles relevées par le juge Cory et à poursuivre le raisonnement moral et de politique sociale du juge Sopinka dans sa dissidence.

[60] Même après l’arrêt *Daviault*, on s’entend généralement pour dire que l’individu qui agit dans un état d’automatisme doit être acquitté lorsqu’on ne peut vraiment pas lui reprocher au plan moral sa perte de maîtrise. Mais, pour emprunter une expression employée par la commission du droit du Royaume-Uni, nombreux sont ceux qui estiment toujours qu’il [TRADUCTION] « n’est pas juste d’acquitter l’accusé à qui on peut reprocher ce qui a provoqué sa perte de maîtrise » (*Criminal Liability : Insanity and Automatism — A Discussion Paper* (2013), par. 1.117). Dans cette optique, il est légitime de reprocher à la personne d’avoir provoqué son automatisme par une intoxication volontaire extrême et la loi ne devrait pas lui permettre d’échapper à sa responsabilité pour ses actes violents. Il y a une différence apparente, pourrait-on dire, entre la personne qui consomme une boisson droguée à son insu et perd de ce fait la maîtrise de ses gestes et l’individu qui, parce qu’il a choisi de boire ou de consommer des drogues à l’excès, se retrouve dans un état s’apparentant à l’automatisme. Par ailleurs, d’autres facteurs complexifient la question du libre arbitre et de l’automatisme, notamment le problème social de la toxicomanie qui peut influencer sur

L. M. Kelly and N. Gill, *The punishing response to the defence of extreme intoxication*, October 13, 2020 (online)). While this bears noting, it is unnecessary to say more on this problem that does not arise on the facts of this appeal or of the *Sullivan* and *Chan* appeals before the Court.

[61] I take due note that the preamble to Bill C-72 provides that, in most cases, extreme intoxication akin to automatism is brought about not through the consumption of alcohol alone, but by the consumption of other intoxicants or a mix of alcohol and another substance. For this observation, Parliament relied upon reports and testimony by three experts in support of its conclusion that alcohol alone will not induce a state of automatism. One expert, Dr. Harold Kalant, stated that there was no scientific evidence that alcohol could cause automatism, absent an underlying health condition (*Sullivan* and *Chan* appeals, A.R., vol. VI, at pp. 93-95; see also the evidence of Dr. Kendall and Dr. Bradford in Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Evidence*, No. 161, 1st Sess., 35th Parl., June 13, 1995, at pp. 22-25). While s. 33.1 refers to intoxication generally, without formally distinguishing between licit or illicit substances, the preamble to Bill C-72 states that “the Parliament of Canada . . . is aware of scientific evidence that most intoxicants, including alcohol, by themselves, will not cause a person to act involuntarily”.

[62] Although both *Daviault* and Parliament were focussed on “drunkenness”, the parliamentary record and facts of this appeal and the *Sullivan* and *Chan* appeals suggest that the defence of extreme intoxication akin to automatism will generally not be relevant in cases involving alcohol alone. The experts in this case explained, with reference to the legal definition of automatism, that psilocybin may induce delusions, psychotic episodes, confusion and disorientation (A.R., vol. III, at pp. 241 and 315). Dr. Kalant, in

la culpabilité morale (voir, généralement, L. Silver, *Who is Responsible for Extreme Intoxication?*, 7 octobre 2021 (en ligne); L. M. Kelly et N. Gill, *The punishing response to the defence of extreme intoxication*, 13 octobre 2020 (en ligne)). Bien qu’il vaille la peine de le mentionner, il n’est pas nécessaire d’en dire davantage sur ce problème qui n’émane pas des faits du présent pourvoi ou des pourvois *Sullivan* et *Chan* dont est saisie la Cour.

[61] Je prends bonne note que le préambule du projet de loi C-72 prévoit que, dans la plupart des cas, l’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme est le résultat non pas de la consommation d’alcool seulement, mais de la consommation d’autres substances intoxicantes ou d’un mélange d’alcool et d’une autre substance. En faisant ce constat, le Parlement s’est fondé sur les rapports et témoignages de trois experts à l’appui de sa conclusion selon laquelle l’alcool ne provoque pas seul un état d’automatisme. Un spécialiste, le Dr Harold Kalant, a affirmé qu’aucune preuve scientifique n’établissait que l’alcool pouvait entraîner l’automatisme, en l’absence d’un problème de santé sous-jacent (pourvois *Sullivan* et *Chan*, d.a., vol. VI, p. 93-95; voir aussi les témoignages des Drs Kendall et Bradford dans Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, *Témoignages*, n° 161, 1^{re} sess., 35^e lég., 13 juin 1995, p. 23-27). Même si l’art. 33.1 parle d’intoxication en général, sans établir de distinction formelle entre les substances licites et les substances illicites, le préambule du projet de loi C-72 déclare que « le Parlement du Canada est conscient [. . .] de l’existence de preuves scientifiques selon lesquelles la consommation de la plupart des substances intoxicantes, dont l’alcool, n’a pas en soi pour effet de faire en sorte qu’une personne agisse de façon involontaire ».

[62] Bien que l’arrêt *Daviault* et le Parlement aient mis l’accent sur l’« ivresse », l’historique parlementaire et les faits du présent pourvoi et des pourvois *Sullivan* et *Chan* tendent à indiquer que la défense d’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme ne sera généralement pas pertinente dans les cas où seul l’alcool est en cause. Les experts dans la présente affaire ont expliqué, en renvoyant à la définition juridique de l’automatisme, que la psilocybine peut provoquer du délire, des épisodes psychotiques, de la

contrast, testified before Parliament that, normally, alcohol progressively decreases nerve cell activity in the brain until a person becomes both unconscious and incapable of physical movement (*Sullivan and Chan* appeals, A.R., vol. VI, at p. 93), an effect which would not satisfy the state of impaired conscious and unwilling movements necessary for a true state automatism. Claims of extreme intoxication must, of course, be assessed with reference to the facts and expert evidence adduced at the trial. It would be inappropriate here to foreclose a finding of extreme intoxication through any intoxicant taken alone, if medical and scientific evidence adduced compel such a conclusion.

[63] I now turn to the question of whether s. 33.1 infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, as alleged by Mr. Brown.

B. *Section 33.1 Infringes Sections 7 and 11(d)*

(1) Principal Arguments

[64] Mr. Brown says s. 33.1 violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In its reading of the provision, the Court of Appeal erred in departing from the principles set forth in *Daviault*. He says that s. 33.1 unfairly extends to situations in which there is no foreseeable risk of violence for the general intent offence to which it applies. It creates a regime for absolute liability by allowing conviction without proof beyond a reasonable doubt that the accused intentionally or voluntarily committed the offence. Section 33.1 therefore improperly substitutes intent to become intoxicated with intent to commit the violent offence. Mr. Brown adds that s. 33.1 also limits s. 7 because it mandates conviction without any contemporaneity between the *actus reus* and *mens rea* of a criminal offence.

[65] The Crown responds that, when properly interpreted, s. 33.1 complies with the *Charter*. Under the

confusion et de la désorientation (d.a., vol. III, p. 241 et 315). Le D^r Kalant, en revanche, a affirmé devant le Parlement qu'en temps normal, l'alcool entraîne une diminution progressive de l'activité des cellules nerveuses dans le cerveau jusqu'à ce que la personne perde conscience et devienne incapable de bouger (pourvois *Sullivan* et *Chan*, d.a., vol. VI, p. 93), un effet qui ne correspond pas à l'état de conscience diminué et aux mouvements involontaires nécessaires d'un véritable état d'automatisme. Les prétentions d'intoxication extrême doivent, bien entendu, être évaluées eu égard aux faits et à la preuve d'expert produite au procès. Il serait inopportun en l'espèce d'exclure une conclusion d'intoxication extrême provoquée par n'importe quelle substance intoxicante prise seule, si la preuve médicale et scientifique dicte pareille conclusion.

[63] Passons maintenant à la question de savoir si l'art. 33.1 enfreint l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, comme le soutient M. Brown.

B. *L'article 33.1 enfreint l'art. 7 et l'al. 11d)*

(1) Principaux arguments

[64] Monsieur Brown affirme que l'art. 33.1 viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Dans son interprétation de l'art. 33.1, la Cour d'appel a commis une erreur en s'écartant des principes énoncés dans l'arrêt *Daviault*. Selon lui, l'art. 33.1 englobe injustement des situations dans lesquelles il n'y a aucun risque prévisible de violence en ce qui concerne l'infraction d'intention générale à laquelle il s'applique. Cet article instaure un régime de responsabilité absolue en permettant au tribunal de déclarer l'accusé coupable sans preuve hors de tout doute raisonnable qu'il a commis l'infraction intentionnellement ou volontairement. L'article 33.1 substitue donc de façon irrégulière l'intention de s'intoxiquer à l'intention de commettre l'infraction violente. Monsieur Brown ajoute que l'art. 33.1 limite également la portée de l'art. 7, parce qu'il oblige le tribunal à déclarer l'accusé coupable sans qu'il y ait la moindre simultanéité entre l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction criminelle.

[65] La Couronne répond que, lorsqu'on l'interprète correctement, l'art. 33.1 est conforme à la *Charte*.

Crown's reading, s. 33.1 only punishes the intentional and voluntary consumption of drugs to an extreme level, thus meeting the voluntariness requirement. There is no *mens rea* breach because s. 33.1 contains a true objective standard and includes objective foresight of harm. There is no improper substitution because s. 33.1 changes the *mens rea* needed to prove a general intent offence. Parliament was entitled to set standards of behaviour that all in society must follow.

[66] The intervening attorneys general say that s. 33.1 has cast a unique mode of liability that provides the necessary ingredients for a constitutionally valid offence. The mental element inherent in s. 33.1(2) reflects the minimum objective fault requirement along the same marked departure standard recognized in cases such as *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, *Creighton* and *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60. Accordingly, s. 33.1 is consistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* because it follows “a blueprint this Court has already endorsed as constitutional” (Condensed Book, A.G. Ontario, at p. 2). Moreover, Parliament can constitutionally preclude intoxication as a defence if it is the gravamen of the offence (*R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at p. 891, per Wilson J.). Here, acting on this Court's invitation in *Daviault*, Parliament has sought to impose liability for the unintended consequences of a blameworthy predicate act following, in particular, *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944.

(2) Threshold Issue: Internal Balancing Under Section 7

[67] As a preliminary matter, the Court must first decide whether the rights of victims of intoxicated violence, in particular the rights of women and children under ss. 7 and 15 of the *Charter* and alluded to in the preamble to Bill C-72, should inform the analysis of a possible breach of the accused's rights under s. 7, or whether it is appropriate to consider

Selon l'interprétation qu'en donne la Couronne, l'art. 33.1 ne réprime que la consommation intentionnelle et volontaire de drogues à un degré extrême, satisfaisant ainsi à l'exigence relative au caractère volontaire. Il n'y a pas de négation de la *mens rea*, car l'art. 33.1 renferme une véritable norme objective et exige la prévisibilité objective du préjudice. Il n'y a pas de substitution irrégulière, puisque l'art. 33.1 modifie la *mens rea* exigée pour établir la perpétration d'une infraction d'intention générale. Il était loisible au Parlement d'établir des normes de comportement auxquelles tous les citoyens doivent se plier.

[66] Les procureurs généraux intervenants affirment que l'art. 33.1 crée un mode de responsabilité unique qui réunit les éléments nécessaires pour une infraction conforme à la Constitution. L'élément moral inhérent au par. 33.1(2) reflète l'exigence minimale de faute objective selon la même norme de l'écart marqué qui a été reconnue dans des arrêts comme *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, *Creighton* et *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60. Par conséquent, l'art. 33.1 est conforme à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, parce qu'il s'inspire d'un [TRADUCTION] « modèle dont notre Cour a déjà reconnu la constitutionnalité » (recueil condensé, p.g. de l'Ontario, p. 2). De plus, le Parlement peut constitutionnellement empêcher l'accusé d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense si l'intoxication constitue l'essence de l'infraction (*R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, p. 891, la juge Wilson). Dans le cas qui nous occupe, donnant suite à l'invitation que lui avait lancée notre Cour dans l'arrêt *Daviault*, le Parlement a cherché à imposer une responsabilité pour les conséquences non intentionnelles de l'acte répréhensible sous-jacent dans la foulée, notamment, de l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944.

(2) Question préliminaire : mise en balance interne au regard de l'art. 7

[67] À titre préliminaire, la Cour doit d'abord décider si les droits des victimes d'actes de violence commis en état d'intoxication, en particulier les droits des femmes et des enfants protégés par les art. 7 et 15 de la *Charte* et auxquels il est fait allusion dans le préambule du projet de loi C-72, devraient guider l'analyse d'une éventuelle violation des droits garantis

these interests specifically at the justification stage under s. 1.

[68] The intervener Women’s Legal Education and Action Fund Inc. (LEAF) invites this Court to balance the rights of the accused against the rights of women and children in the s. 7 analysis. It says that, in *Daviault*, there was no consideration of competing rights at that stage, unlike the clear engagement with equality, security and dignity interests in Bill C-72. These rights are not simply other social interests that should be “relegated” to the s. 1 justification. Where courts fail to undertake balancing under s. 7 — as the majority of the Court of Appeal did not do in *Sullivan*, for example — the effect is that, wittingly or unwittingly, they favour individual rights over those of vulnerable groups who disproportionately bear the risk of intoxicated violence. Others, including the Crown and the Canadian Civil Liberties Association, depart from this view and submit that the interests of women and children are properly considered under s. 1 following *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, and *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

[69] LEAF invokes *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, in which this Court balanced competing *Charter* rights under the breach analysis. These cases involved situations where state action directly implicated multiple sets of *Charter* rights. In both, the procedural rights of the accused brought the *Charter* rights of another party into conflict and created the risk that both sets of rights would be undermined.

[70] In my view, the *Dagenais* and *Mills* mode of analysis does not apply and does not support the argument that balancing between the rights and interests of

à l’accusé par l’art. 7, ou s’il convient plutôt de réserver l’examen de ces droits à l’étape de la justification en vertu de l’article premier.

[68] L’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridique pour les femmes (FAEJ) invite notre Cour à mettre en balance les droits de l’accusé et les droits des femmes et des enfants dans l’analyse fondée sur l’art. 7. Selon lui, dans l’arrêt *Daviault*, la Cour n’a pas examiné les droits opposés à cette étape, contrairement à l’engagement clair contenu dans le projet de loi C-72 de protéger les droits à l’égalité, à la sécurité et à la dignité. Ces droits ne sont pas simplement d’autres enjeux sociaux que l’on devrait « reléguer » à l’étape de la justification en vertu de l’article premier. Lorsque les tribunaux ne procèdent pas à une mise en balance au regard de l’art. 7 — comme la majorité de la Cour d’appel a omis de le faire dans l’arrêt *Sullivan*, par exemple —, il s’ensuit que, consciemment ou non, ils favorisent les droits individuels au détriment de ceux des groupes vulnérables qui courent de façon disproportionnée le risque de subir des actes de violence commis par des individus en état d’intoxication. D’autres, dont la Couronne et l’Association canadienne des libertés civiles, soutiennent qu’il convient d’examiner les droits des femmes et des enfants à l’étape de l’article premier, selon les arrêts *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, et *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

[69] Le FAEJ invoque les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, dans lesquels notre Cour a mis en balance des droits opposés garantis par la *Charte* dans le cadre de l’analyse relative à la violation de la *Charte*. Ces affaires concernent des situations dans lesquelles une mesure gouvernementale visait directement plusieurs séries de droits garantis par la *Charte*. Dans les deux affaires, les droits procéduraux de l’accusé entraînent en conflit avec les droits reconnus à une autre partie par la *Charte*, et ce conflit risquait de compromettre les droits de l’un et de l’autre.

[70] À mon avis, le cadre d’analyse des arrêts *Dagenais* et *Mills* ne s’applique pas et ne permet pas non plus de soutenir que la mise en balance des

alleged perpetrators and victims of crime should take place under s. 7 in this circumstance. *Dagenais* and *Mills* apply when the *Charter* rights of two or more parties are in conflict and both are directly implicated by state action, which is not the case here. Section 33.1 affects the substantive rights of the accused subject to prosecution by the state. The equality and dignity interests of women and children are certainly engaged as potential victims of crime — but in this context, by virtue of the accused’s actions, not of some state action against them. This is qualitatively different from the balancing undertaken for example in *Mills*, where it was state action — through the application of an evidentiary rule for the production of records to the accused relating to the complainant — that directly affected both the accused and the complainant. Section 33.1 operates to constrain the ability of an accused to rely on the defence of automatism but nothing in the provision limits, by the state’s action, the rights of victims including the ss. 7, 15 and 28 *Charter* rights of women and children. These interests are appropriately understood as justification for the infringement by the state. As the preamble of Bill C-72 makes plain, the equality, dignity and security interests of vulnerable groups informed the overarching social policy goals of Parliament; they are best considered under s. 1.

[71] Considering these as societal concerns under s. 1 does not “relegate” the equality, security and dignity interests of women and children to second order importance. LEAF is correct to say that these rights are intensely important and must be given full consideration in the *Charter* analysis. Indeed, it has been usefully argued that the opportunity to consider the competing interests of vulnerable groups in the present context should find its fullest expression when a court considers the proportionality of deleterious and salutary effects of legislation under s. 1. Commenting on the justification for the breach by the majority of the Court of Appeal in *Sullivan*,

droits et intérêts des présumés auteurs de crimes et de leurs victimes devrait en l’espèce avoir lieu au regard de l’art. 7. Les arrêts *Dagenais* et *Mills* s’appliquent lorsque les droits garantis par la *Charte* à deux ou à plusieurs parties sont en conflit et sont directement touchés par une action de l’État, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. L’article 33.1 touche les droits substantiels de la personne qui fait l’objet de poursuites par l’État. Les intérêts des femmes et des enfants en matière d’égalité et de dignité sont certainement en jeu en tant que victimes potentielles de crimes — mais, dans ce contexte, ils le sont en raison des actes de l’accusé et non à cause d’une action prise par l’État contre eux. Cette analyse est qualitativement différente de la mise en balance entreprise par exemple dans l’affaire *Mills*, où il s’agissait d’une action de l’État — l’application d’une règle de preuve régissant la communication à l’accusé de dossiers relatifs à la plaignante — qui touchait directement à la fois l’accusé et la plaignante. L’article 33.1 a pour effet de limiter la capacité de l’accusé d’invoquer le moyen de défense d’automatisme, mais rien dans cette disposition ne limite, par l’action de l’État, les droits des victimes, y compris les droits garantis aux femmes et aux enfants par les art. 7, 15 et 28 de la *Charte*. Ces intérêts sont considérés à juste titre comme justifiant l’atteinte portée par l’État. Comme l’indique clairement le préambule du projet de loi C-72, les intérêts des groupes vulnérables en matière d’égalité, de dignité et de sécurité sont à la base des principaux objectifs de politique sociale du Parlement. Il est donc préférable de les examiner au regard de l’article premier.

[71] Le fait d’examiner ces enjeux sociaux au regard de l’article premier ne « relègue » pas au second plan les intérêts des femmes et des enfants en matière d’égalité, de sécurité et de dignité. Le FAEJ a raison de dire que ces droits sont extrêmement importants et qu’il faut en tenir pleinement compte dans l’analyse relative à la *Charte*. D’ailleurs, on a utilement fait valoir que l’opportunité d’examiner les droits opposés des groupes vulnérables dans le présent contexte devait trouver sa pleine expression lorsque le tribunal examine la proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la disposition législative au regard de l’article premier.

Professor S. Coughlan writes that s. 1, as opposed to s. 7, gives a proper opportunity to “shift from an individual focus to a comparative focus”, which is methodologically more suited to balancing under s. 1 than s. 7 in this context (“*Sullivan: Can a Section 7 Violation Ever be Saved Under Section 1?*” (2020), 63 C.R. (7th) 157, at p. 159). Counsel for LEAF at the *Sullivan* and *Chan* appeals rightly urged that, as an alternative to her preferred s. 7 balancing, s. 1 should be seized upon by this Court to reinforce the accountability and protective objectives of s. 33.1 from the perspective of the particular vulnerability of women and children to the intoxicated violence (transcript, at p. 100). I agree.

[72] Finally, and with due respect for other views, the basic values against arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality are unrelated to the analysis of the *Charter* rights engaged in this appeal and the *Sullivan* and *Chan* appeals. The principles in *Bedford* speak to “failures of instrumental rationality” that reflect a legislative provision that is unconnected from or grossly disproportionate with its purpose (para. 107). By contrast, the principles of fundamental justice in this case relate to substantive and procedural standards for criminal liability that ensure the fair operation of the legal system and which are “found in the basic tenets of our legal system” (*Motor Vehicle Reference*, at p. 503). I agree on this point with Paciocco J.A. in *Sullivan* (para. 61) that the challenge here pertains to s. 7 principles of the voluntariness and *mens rea* required to justify punishment and not those matters of arbitrariness and proportionality at issue in *Bedford*. A court’s s. 7 analysis should start by asking whether a statutory provision fails to meet the requirements of the specific principle raised by the claimant before turning to the more general matter as to whether the law is arbitrary or disproportionate in light of its purpose in the *Bedford* sense (*R. v.*

Commentant l’analyse, par la majorité de la Cour d’appel dans l’arrêt *Sullivan*, de la justification de l’atteinte à des droits garantis par la *Charte*, le professeur S. Coughlan écrit que, contrairement à l’art. 7, l’article premier permet [TRADUCTION] « de passer d’un point de vue individuel à une méthode comparative », ce qui, sur le plan méthodologique, est mieux adapté à la mise en balance prévue à l’article premier qu’à celle effectuée au regard de l’art. 7 dans ce contexte (« *Sullivan : Can a Section 7 Violation Ever be Saved Under Section 1?* » (2020), 63 C.R. (7th) 157, p. 159). L’avocate qui occupait pour le FAEJ dans les pourvois *Sullivan* et *Chan* a insisté à juste titre sur le fait que, comme solution de rechange à la mise en balance fondée sur l’art. 7 qu’elle préconisait, notre Cour devait recourir à une pondération au regard de l’article premier pour renforcer les objectifs de responsabilisation et de protection de l’art. 33.1 du point de vue de la vulnérabilité particulière des femmes et des enfants à l’égard des actes de violence commis en état d’intoxication (transcription, p. 100). J’abonde dans son sens.

[72] Enfin, et avec égards pour d’autres opinions, les valeurs fondamentales de la lutte contre l’arbitraire, la portée excessive et la disproportion exagérée n’ont rien à voir avec l’analyse des droits garantis par la *Charte* qui sont en jeu dans le présent pourvoi et les pourvois *Sullivan* et *Chan*. Les principes figurant dans l’arrêt *Bedford* concernent le [TRADUCTION] « manque de logique fonctionnelle », une expression désignant une disposition législative qui n’est pas liée à son objectif ou qui lui est totalement disproportionnée (par. 107). À l’inverse, les principes de justice fondamentale en l’espèce ont trait aux normes de fond et de procédure en matière de responsabilité criminelle qui assurent le fonctionnement équitable du système juridique qui « se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique » (*Renvoi sur la MVA*, p. 503). Sur ce point, je suis d’accord avec le juge Paciocco lorsqu’il affirme, dans l’arrêt *Sullivan* (par. 61), que le litige porte sur des principes visés à l’art. 7, en l’occurrence le caractère volontaire et la *mens rea* nécessaires pour justifier une peine, et non ces questions d’arbitraire et de proportionnalité en cause dans *Bedford*. Le tribunal qui procède à une analyse fondée sur l’art. 7 devrait d’abord se demander

Malmo-Levine, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paras. 129 and 135-45).

(3) Interpretation of Section 33.1

[73] Much of the argument in this appeal, as well as in the *Sullivan* and *Chan* appeals, turns on the proper interpretation of s. 33.1. Crown counsel and interveners in these appeals offer somewhat different readings of the text of s. 33.1 in support of its validity. In the *Sullivan* and *Chan* appeals, the Crown says that liability under s. 33.1 is imposed for the “predicate act of self-induced extreme intoxication when it leads to involuntary or unintended violence” (Appellant’s Condensed Book, at p. 1). That blame-worthy predicate act is said to include, according to the Crown, a constitutionally-compliant fault element of negligence requiring a marked departure from the reasonably prudent person. In this appeal, it was argued that the “self-induced” character of intoxication, alluded to in s. 33.1, incorporates voluntariness and *mens rea* components: “The act of voluntarily intoxicating oneself to an extreme level”, said the Crown, “is a marked departure from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society” (Respondent’s Condensed Book, at p. 1; see also transcript, at pp. 35-36). When pressed on these interpretations of s. 33.1 in oral argument in this appeal and the *Sullivan* and *Chan* appeals, counsel acknowledged that the basis for the position they espouse was not found expressly in the text of the section. But, they said, when read purposefully and as a whole, s. 33.1 both eliminates a defence and creates a new mode of liability.

[74] The Attorney General of Canada stated that s. 33.1 must be read in keeping with the presumption of constitutionality. The Attorney General argued that

si une disposition législative ne répond pas aux exigences du principe précis évoqué par le demandeur avant de passer à la question plus générale de savoir si la disposition est arbitraire ou disproportionnée au regard de son objet au sens de l’arrêt *Bedford* (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 129 et 135-145).

(3) Interprétation de l’art. 33.1

[73] Une grande partie du débat dans le présent pourvoi, ainsi que dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, porte sur l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 33.1. Les procureurs de la Couronne et les intervenants dans tous ces pourvois proposent des interprétations quelque peu différentes du libellé de l’art. 33.1 à l’appui de sa constitutionnalité. Dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, la Couronne affirme que la responsabilité prévue à l’art. 33.1 vise [TRADUCTION] « l’acte sous-jacent d’intoxication volontaire extrême qui entraîne des actes de violence involontaires ou non intentionnels » (recueil condensé de l’appelant, p. 1). Cet acte répréhensible sous-jacent exigerait, selon la Couronne, un élément fautif de négligence constitutionnellement valide requérant un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Dans le présent pourvoi, la Couronne fait valoir que le caractère « volontaire » de l’intoxication, auquel fait allusion l’art. 33.1, suppose à la fois la volonté et la *mens rea*. Selon la Couronne, [TRADUCTION] « [I]l fait de s’intoxiquer volontairement à un degré extrême constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne » (recueil condensé de l’intimée, p. 1; voir aussi transcription, p. 35-36). Pressés lors des plaidoiries d’explicitier leur interprétation de l’art. 33.1 dans le présent pourvoi et les pourvois *Sullivan* et *Chan*, les avocats ont reconnu que le fondement de la thèse qu’ils défendaient ne se trouvait pas explicitement dans le libellé de l’article. Ils ont toutefois affirmé que, lorsqu’on l’interprète téléologiquement et globalement, l’art. 33.1 a à la fois pour effet d’abolir un moyen de défense et de créer un nouveau mode de responsabilité.

[74] Le procureur général du Canada affirme que l’on doit interpréter l’art. 33.1 en tenant compte de la présomption de constitutionnalité. Il a soutenu que la

the fault targeted by s. 33.1(1) and (2) is the voluntary consumption of an intoxicant that a person knew or ought to have known creates a risk of automatism and, when violence ensues, that self-induced intoxication departs markedly from the standard of care reasonably expected in the circumstances. But in advancing that view, counsel acknowledged, at the hearing in the *Sullivan* and *Chan* appeals, that “you are not going to find that specifically in the section” (transcript, at p. 51). Moreover, counsel for the attorneys general of Canada, Manitoba and Saskatchewan invited the Court variously to interpret or read words into the text to overcome what was, they said, “inelegant drafting”, “hardly a model of successful drafting”, or a provision that was “oddly drafted” (*Sullivan* and *Chan* appeals, transcript, at pp. 56, 73 and 83).

[75] I see no ambiguity in s. 33.1 and disagree with the interpretation proposed by the Crown and the attorneys general which, with due respect for those who hold other views, falls afoul of the ordinary meaning of the provision. I would add that the interpretation proposed by the Crown in these appeals trenches on the plain reading of the text given by this Court in *Bouchard-Lebrun*, albeit in another context. This plain reading, as *Paciocco* and *Khullar* JJ.A. held, suggests strongly that Parliament fell short in its stated goal of providing a constitutionally-compliant measure of criminal fault for violent crimes of general intent based on self-induced intoxication.

[76] What does the impugned provision in fact say? Section 33.1(1) eliminates the defence of self-induced intoxication akin to automatism applied to the violent offences identified in s. 33.1(3) where the accused departs markedly from the standard of care described in s. 33.1(2). It opens with the words “[i]t is not a defence”. These words have been consistently interpreted in the context of other provisions of the *Criminal Code* as invalidating or limiting a defence (*R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021, at

faute visée par les par. 33.1(1) et (2) est la consommation volontaire d’une substance intoxicante dont l’intéressé savait ou aurait dû savoir qu’elle crée un risque d’automatisme et, lorsque la violence s’ensuit, que l’intoxication volontaire s’écartere de façon marquée de la norme de diligence à laquelle on peut raisonnablement s’attendre dans les circonstances. Mais, en faisant valoir ce point de vue, l’avocat a reconnu ce qui suit, à l’audience dans les pourvois *Sullivan* et *Chan* : [TRADUCTION] « vous n’allez pas trouver cela spécifiquement dans l’article » (transcription, p. 51). Par ailleurs, les avocats des procureurs généraux du Canada, du Manitoba et de la Saskatchewan ont invité la Cour à considérer comme figurant dans le texte certains mots pour corriger ce qui était, selon eux, une [TRADUCTION] « formulation inélégante », qui est « loin d’être un modèle de rédaction réussie », ou encore une disposition « bizarrement rédigée » (pourvois *Sullivan* et *Chan*, transcription, p. 56, 73 et 83).

[75] Je ne vois aucune ambiguïté dans l’art. 33.1 et je ne suis pas d’accord avec l’interprétation proposée par la Couronne et les procureurs généraux, interprétation qui, en toute déférence pour les tenants d’autres opinions, va à l’encontre du sens ordinaire de cette disposition. J’ajouterais que l’interprétation proposée par la Couronne dans les présents pourvois contredit l’interprétation de cette disposition, selon son sens ordinaire, retenue par notre Cour dans l’arrêt *Bouchard-Lebrun*, quoique dans un autre contexte. Ce sens ordinaire, comme les juges d’appel *Paciocco* et *Khullar* l’ont déclaré, suggère fortement que le Parlement n’a pas réussi à atteindre son objectif déclaré d’assortir les crimes violents d’intention générale commis en état d’intoxication volontaire d’une certaine forme de responsabilité criminelle conforme à la Constitution.

[76] Que dit en fait la disposition contestée? Le paragraphe 33.1(1) abolit le moyen de défense fondé sur l’intoxication volontaire s’apparentant à l’automatisme dans le cas des infractions violentes énumérées au par. 33.1(3) lorsque l’accusé s’écartere de façon marquée de la norme de diligence énoncée au par. 33.1(2). Il commence par les mots « [n]e constitue pas un moyen de défense ». Dans le contexte d’autres dispositions du *Code criminel*, ces mots ont constamment été interprétés comme invalidant ou

para. 7; *R. v. Levigne*, 2010 SCC 25, [2010] 2 S.C.R. 3). Nowhere does s. 33.1 create a new offence, with or without the same penalties, be it a predicate act offence of self-induced extreme intoxication or a new criminal negligence offence. The accused faces the full stigma of conviction and the full brunt of punishment for the general intent offence pointed to in s. 33.1(3). For Mr. Brown, that offence is the included offence of aggravated assault to count 1 of his indictment. For Mr. Sullivan, the offences are aggravated assault and assault with a weapon. For Mr. Chan, the offences are manslaughter and aggravated assault. In none of their cases were they charged with dangerous or negligent self-induced extreme intoxication causing bodily harm. Extreme voluntary intoxication may well be an instance of what many Canadians see as morally reprehensible conduct, but s. 33.1 — or any other act of Parliament for that matter — does not designate it an unlawful act.

[77] I agree with LeBel J. in *Bouchard-Lebrun* when he said that s. 33.1 applies when three conditions are met: (1) that the accused was intoxicated at the material time; (2) the intoxication was self-induced; and (3) that the accused departed markedly from the standard of reasonable care generally recognized in Canadian society by interfering or threatening to interfere with the bodily integrity of another person (para. 89). LeBel J. did not comment on the constitutionality of the provision but observed how it operated, concluding — in a manner consonant with the ordinary meaning of the text itself — that when these three things are proved, it is not a defence that the accused lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence named in s. 33.1(3). To that extent, the provision undoes the defence recognized in *Daviault*.

[78] The Crown is mistaken when it draws an analogy between impaired driving offences and s. 33.1.

limitant un moyen de défense (*R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 7; *R. c. Levigne*, 2010 CSC 25, [2010] 2 R.C.S. 3). L'article 33.1 ne crée nulle part une nouvelle infraction assortie ou non des mêmes peines, qu'il s'agisse d'une infraction sous-jacente d'intoxication volontaire extrême ou d'une nouvelle infraction fondée sur la négligence criminelle. L'accusé doit supporter toute l'infamie d'une déclaration de culpabilité et toute la rigueur de la peine infligée pour l'infraction d'intention générale visée au par. 33.1(3). Dans le cas de M. Brown, cette infraction est celle de voies de fait graves qui est incluse dans le premier chef de son acte d'accusation. Pour M. Sullivan, les infractions sont celles de voies de fait graves et d'agression armée. En ce qui concerne M. Chan, les infractions sont l'homicide involontaire coupable et les voies de fait graves. Dans aucune de ces affaires, les accusés n'ont été inculpés d'intoxication volontaire extrême dangereuse ou négligente causant des lésions corporelles. L'intoxication volontaire extrême peut fort bien être un exemple de ce que de nombreux Canadiens considèrent comme une conduite moralement répréhensible, mais l'art. 33.1 — ou toute autre loi fédérale d'ailleurs — ne la désigne pas comme un acte illégal.

[77] Je suis d'accord avec le juge LeBel lorsqu'il affirme, dans l'arrêt *Bouchard-Lebrun*, que l'art. 33.1 s'applique lorsque les trois conditions suivantes sont réunies : (1) l'accusé était intoxiqué au moment des faits, (2) cette intoxication était volontaire et (3) l'accusé s'est écarté de façon marquée de la norme de diligence raisonnable généralement acceptée dans la société canadienne en portant atteinte ou en menaçant de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui (par. 89). Le juge LeBel ne s'est pas prononcé sur la constitutionnalité de cette disposition, mais a observé comment elle s'appliquait et a conclu — en se conformant au sens ordinaire du texte lui-même — que, lorsque ces trois éléments sont démontrés, l'accusé ne peut invoquer comme moyen de défense le fait qu'il n'avait pas l'intention générale ou la volonté requise pour commettre l'infraction visée au par. 33.1(3). Dans cette mesure, cette disposition supprime le moyen de défense reconnu dans l'arrêt *Daviault*.

[78] La Couronne se trompe lorsqu'elle établit une analogie entre les infractions de conduite avec

The gravamen of the offence faced by Mr. Brown does not include intoxication, unlike criminal offences for impaired driving. Counsel for Mr. Sullivan made the point plainly: “The gravamen of assault is not intoxication. Without intoxication, every element of an assault [must] be proven; without intoxication, driving is benign” (*Sullivan and Chan* appeals, R.F., at para. 44; see also *Sullivan*, at para. 65, per Paciocco J.A.).

[79] The requirements of s. 33.1 — that the accused be intoxicated at the material time and the intoxication be self-induced — are not, together or separately, a measure of fault. They are, as *Bouchard-Lebrun* makes clear, conditions of liability as the use of the word “while” in s. 33.1(2) confirms.

[80] Section 33.1(1) blocks the defence of automatism to general intent offences where the automatism was the result of self-induced intoxication and the accused departed markedly from the standard of care described in s. 33.1(2). Under s. 33.1(2), an accused departs markedly from the standard of care where:

... the person, while in a state of self-induced intoxication that renders the person unaware of, or incapable of consciously controlling, their behaviour, voluntarily or involuntarily interferes or threatens to interfere with the bodily integrity of another person.

[81] In 1995, the Minister of Justice said in the House that “[w]e are stating in Bill C-72 conclusively that intoxicating yourself to the point at which you lose conscious control and harm others is a departure from the standard of care” (Hansard, vol. 133, No. 177, 1st Sess., 35th Parl., March 27, 1995, at p. 11039). This description fits the text of the section that was enacted. The marked departure alluded to in s. 33.1(1) depends on proof of the two facts alluded to by the Minister and spoken to in s. 33.1(2). First, that the person must be in a state of *self-induced intoxication* that renders them unaware of, or incapable of controlling, their behaviour. Second, the *violent act*

facultés affaiblies et l’art. 33.1. L’intoxication ne fait pas partie de l’essence de l’infraction reprochée à M. Brown, contrairement aux infractions criminelles de conduite avec facultés affaiblies. Les avocates de M. Sullivan l’expliquent clairement ainsi : [TRANSDUCTION] « L’essence des voies de fait n’est pas l’intoxication. Sans intoxication, tous les éléments constitutifs des voies de fait [doivent] être prouvés; sans intoxication, la conduite automobile est un fait banal » (pourvois *Sullivan* et *Chan*, m.i., par. 44; voir aussi *Sullivan*, par. 65, le juge Paciocco).

[79] Les conditions prévues à l’art. 33.1 — que l’accusé soit intoxiqué au moment des faits et que l’intoxication soit volontaire — ne constituent pas, ensemble ou séparément, une faute. Elles sont, comme l’indique clairement l’arrêt *Bouchard-Lebrun*, des conditions de la responsabilité de l’accusé, comme le confirme l’emploi des mots « alors que » au par. 33.1(2).

[80] Le paragraphe 33.1(1) empêche l’accusé d’opposer la défense d’automatisme dans le cas des infractions d’intention générale lorsque l’automatisme résulte de l’intoxication volontaire de l’accusé et que celui-ci s’est écarté de façon marquée de la norme de diligence prévue au par. 33.1(2). Aux termes du par. 33.1(2), s’écarte de façon marquée de la norme de diligence la personne qui :

... alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire qui la rend incapable de se maîtriser consciemment ou d’avoir conscience de sa conduite, [...] porte atteinte ou menace de porter atteinte volontairement ou involontairement à l’intégrité physique d’autrui.

[81] En 1995, le ministre de la Justice déclarait ce qui suit à la Chambre des communes : « Nous disons nettement dans le projet de loi C-72 que de s’intoxiquer au point de perdre le contrôle conscient de ses actes et de faire du tort à d’autres est une dérogation à la norme de diligence » (Hansard, vol. 133, n° 177, 1^{re} sess., 35^e lég., 27 mars 1995, p. 11039). Cette définition correspond au libellé de l’article qui a été adopté. Pour faire la preuve de l’écart marqué visé au par. 33.1(1), il faut établir les deux faits évoqués par le ministre et mentionnés au par. 33.1(2). Premièrement, la personne doit être dans un état d’*intoxication volontaire* qui la rend inconsciente de sa conduite ou incapable de se

must occur while they are in that state. These facts are best understood as conditions of liability and not measures of fault because neither of them import a criminal negligence standard.

[82] I disagree with the view advanced by the Attorney General of Saskatchewan and others that the adjective “self-induced” must be read so that s. 33.1 carries with it a proper criminal negligence standard. The cases say that intoxication is “self-induced” where the accused voluntarily ingests a substance that they know or ought to know is an intoxicant, in circumstances where the risk of becoming intoxicated is or should be within their contemplation (see, e.g., *R. v. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99 (“*Chaulk (2007)*”), at para. 47). The term “self-induced intoxication” says nothing about whether the accused foresaw, or ought to have foreseen, the risk of extreme intoxication.

[83] Moreover, no plausible reading of the text suggests that self-induced intoxication brings with it a reasonable foreseeability of bodily harm, as the *voir dire* judge rightly wrote in this case, at paras. 36-37. In addition, I agree with Paciocco J.A. in *Sullivan* that the problem is not overcome by designating the violent act as the marked departure. This is so because, as he wrote, “moral fault cannot come from a consequence alone” (para. 94). Drawing on this Court’s judgment in *Creighton*, at p. 58, he explained that the mental fault inherent in penal negligence “lies in [the] failure to direct the mind to a risk which the reasonable person would have appreciated” (para. 94). If the marked departure from the norm was simply the violent act, the law countenances a form of absolute liability. On its face, and notwithstanding the reference to “departed markedly” in subs. (1), s. 33.1 is not a fault-creating provision but one that sets conditions of liability for intoxicated violence. The fault is that which is already required in the underlying offence mentioned in s. 33.1(3).

maîtriser. Deuxièmement, l’*acte violent* doit avoir été commis alors qu’elle se trouvait dans cet état. Il faut voir ces éléments, non pas comme une faute, mais comme des conditions à remplir pour engager la responsabilité, étant donné que ni l’un ni l’autre de ces éléments ne fait intervenir une norme de négligence criminelle.

[82] Je ne suis pas d’accord avec le point de vue avancé par le procureur général de la Saskatchewan et par d’autres, selon lequel l’adjectif « volontaire » doit être interprété comme indiquant que l’art. 33.1 établit une norme appropriée de négligence criminelle. Selon la jurisprudence, il y a intoxication « volontaire » lorsque l’accusé ingère délibérément une substance qu’il sait ou devrait savoir être une substance intoxicante, dans une situation où il envisage ou devrait envisager le risque de s’intoxiquer (voir, p. ex., *R. c. Chaulk*, 2007 NSCA 84, 257 N.S.R. (2d) 99 (« *Chaulk (2007)* »), par. 47). L’expression « intoxication volontaire » ne permet pas de déterminer si l’accusé a prévu, ou aurait dû prévoir, le risque d’intoxication extrême.

[83] De plus, aucune interprétation plausible de cette disposition ne tend à indiquer que l’intoxication volontaire comporte intrinsèquement une prévisibilité raisonnable du risque de lésions corporelles, comme l’a signalé à juste titre le juge qui a tenu le *voir-dire* en l’espèce, aux par. 36-37. J’abonde par ailleurs dans le sens du juge Paciocco lorsqu’il affirme, dans l’arrêt *Sullivan*, qu’on ne règle pas le problème en qualifiant l’acte violent d’écart marqué. C’est le cas parce que, comme il l’écrit, [TRADUCTION] « une faute morale ne peut se fonder sur une seule conséquence » (par. 94). S’appuyant sur l’arrêt rendu par notre Cour dans l’affaire *Creighton*, p. 58, il explique que la faute morale inhérente à la négligence pénale « tient à l’omission d’envisager un risque dont une personne raisonnable se serait rendu compte » (par. 94). Si l’écart marqué par rapport à la norme se limitait à l’acte violent, la loi admettrait une forme de responsabilité absolue. À sa face même et malgré les mots « s’écarte de façon marquée » que l’on trouve au par. (1), l’art. 33.1 n’est pas une disposition qui crée une faute; il s’agit plutôt d’une disposition qui établit des conditions devant être réunies pour que soit engagée la responsabilité de l’auteur d’un acte de violence commis en état d’intoxication. La faute est celle qui est déjà requise pour l’infraction mentionnée au par. 33.1(3).

[84] In oral argument in the *Sullivan* and *Chan* appeals, the Crown asserted that “nobody says that this is a pure deeming provision such that when this state of intoxication coincides with violence it results in liability” (transcript, at p. 5). This statement must be qualified. It is true that Mr. Brown, Mr. Sullivan and Mr. Chan do not suggest that s. 33.1 is a “pure” deeming provision, as they all recognize that s. 33.1 does not capture those who commit acts of automatic violence after involuntarily consuming, say, a spiked drink. However, the Crown is incorrect in a more fundamental sense. As the appellant in this appeal and the respondents in the *Sullivan* and *Chan* appeals argue, s. 33.1 deems criminal fault for the violent offence to be present based on the accused’s choice to become intoxicated. Indeed, this was the conclusion reached by deWit J. (para. 30), and Khullar J.A. (para. 168) in this case, and by Paciocco and Lauwers J.J.A. in *Sullivan* (paras. 94 and 275). It is a conclusion, too, that finds repeated support in a segment of the scholarship on s. 33.1 (see, e.g., M. S. Lawrence, “Voluntary Intoxication and the Charter: Revisiting the Constitutionality of Section 33.1 of the *Criminal Code*” (2017), 40:3 *Man. L.J.* 391, at pp. 403-10; S. Roy, “Intoxication”, in *JurisClasseur Québec — Collection Droit pénal — Droit pénal général* (loose-leaf), fasc. 13, at No. 18). Crown counsel in the *Sullivan* and *Chan* appeals was well aware that, if the Court did not adopt his interpretation of s. 33.1 to include a fault on the marked departure standard as contemplated in *Creighton* and similar cases, “then the provision imposes liability in the absence of [a] necessary . . . minimum fault requirement and we are into section 1” (transcript, at p. 10).

[85] Contrary to the Crown’s position, the “marked departure” standard of fault in s. 33.1(2) clearly attaches then to the violent offence, not the act of self-induced intoxication. Neither can the definition of “self-induced” supply the *mens rea* for criminal negligence, as it says nothing about risk, either by

[84] Lors des plaidoiries dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, la Couronne a affirmé que [TRADUCTION] « personne ne prétend qu’il s’agit d’une pure disposition créant une présomption qui ferait en sorte que, lorsque cet état d’intoxication coïncide avec la violence, la responsabilité est engagée » (transcription, p. 5). Cette affirmation doit être nuancée. Certes, MM. Brown, Sullivan et Chan ne prétendent pas que l’art. 33.1 est une « pure » disposition déterminative, car ils reconnaissent tous que cet article ne vise pas les personnes qui commettent des actes de violence en état d’automatisme après avoir consommé, disons, une boisson droguée à leur insu. Cependant, la Couronne se trompe en un sens plus fondamental. Comme le font valoir l’appelant dans le présent pourvoi et les intimés dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, l’art. 33.1 renferme une présomption de faute criminelle à l’égard de l’infraction violente en raison du choix de l’accusé de s’intoxiquer. C’est d’ailleurs la conclusion à laquelle sont arrivés le juge deWit (par. 30), et la juge Khullar (par. 168) en l’espèce, ainsi que les juges Paciocco et Lauwers dans l’arrêt *Sullivan* (par. 94 et 275). Il s’agit également d’une conclusion qui trouve des appuis répétés dans une partie de la doctrine sur l’art. 33.1 (voir, p. ex., M. S. Lawrence, « Voluntary Intoxication and the Charter : Revisiting the Constitutionality of Section 33.1 of the *Criminal Code* » (2017), 40:3 *Man. L.J.* 391, p. 403-410; S. Roy, « Intoxication », dans *JurisClasseur Québec — Collection Droit pénal — Droit pénal général* (feuilles mobiles), fasc. 13, n° 18). Le procureur de la Couronne dans les pourvois *Sullivan* et *Chan* savait fort bien que, si la Cour ne retenait pas son interprétation de l’art. 33.1 voulant que celui-ci prévoie une faute fondée sur la norme de l’écart marqué, telle qu’envisagée dans *Creighton* et d’autres décisions similaires, [TRADUCTION] « cette disposition impose alors une responsabilité sans faute minimale nécessaire, ce qui nous amène donc à l’article premier » (transcription, p. 10).

[85] Contrairement à ce que prétend la Couronne, la norme de faute fondée sur « l’écart marqué » qui est prévue au par. 33.1(2) s’applique clairement à l’infraction violente, et non à l’acte de s’intoxiquer volontairement. La définition de l’adjectif « volontaire » ne peut pas non plus fournir la *mens rea* de la

way of foreseeability of extreme intoxication or the possibility of violence.

[86] The whole of the text confirms this. Section 33.1(1) distinguishes self-induced intoxication from the prohibited offence, meaning the two cannot be the same. It provides that no defence is available where “the accused, by reason of self-induced intoxication, lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence”. This is telling and clearly indicates that what Parliament sought was to impose liability for the charged offence, namely the assaultive behaviour, and not the act of self-induced intoxication itself. Furthermore, in *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, Moldaver J. interpreted the phrase “[i]t is not a defence” as precluding an independent pathway to conviction, as was similarly argued in that case (para. 82). Here, rather than an alternate route to liability, the word “defence” refers to a defence advanced by the accused that would entitle them to an acquittal.

[87] Counsel was unable to cite a single case in the 25-year history of s. 33.1 that adopted the interpretation proposed here by the Crown apart from the majority view of the Court of Appeal in this case. Counsel further acknowledged that the court in *R. v. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164 (B.C.S.C.) — cited by LeBel J. with approval in *Bouchard-Lebrun*, at para. 89 — expressly rejected the reading of s. 33.1 he advanced (*Sullivan* and *Chan* appeals, transcript, at pp. 30-31). In my view, *Vickberg* rightly points to the failing of the Crown’s proposed interpretation and the reasoning offered in 1998 by Owen-Flood J. on this point remains compelling today: “The ‘marked departure’ language does not refer to the manner in which the accused got into the state of intoxication, [it refers to] the interference with another’s bodily integrity while in that state” (para. 69).

négligence criminelle, parce qu’elle ne nous apprend rien sur le risque, que ce soit au moyen de la prévisibilité de l’intoxication extrême ou de la possibilité de violence.

[86] C’est ce que confirme l’ensemble du texte. Le paragraphe 33.1(1) distingue l’intoxication volontaire de l’infraction prohibée, ce qui signifie qu’il s’agit de deux choses différentes. Il prévoit qu’aucun moyen de défense ne peut être invoqué lorsque « l’accusé, en raison de son intoxication volontaire, n’avait pas l’intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l’infraction ». Ces mots sont révélateurs et indiquent clairement l’intention du Parlement d’imposer une responsabilité à l’égard de l’infraction reprochée, en l’occurrence le comportement violent, et non à l’égard de l’intoxication volontaire en soi. Qui plus est, dans l’arrêt *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, le juge Moldaver a interprété l’expression « ne constitue [pas] un moyen de défense » comme excluant une voie distincte vers une déclaration de culpabilité, comme cela avait été plaidé aussi dans cette affaire (par. 82). En l’espèce, le terme « moyen de défense » renvoie à une défense présentée par l’accusé qui lui donnerait droit à un acquittement, plutôt qu’à une autre route menant à la responsabilité.

[87] Le procureur n’a pas été en mesure de citer une seule décision, depuis l’adoption, il y a 25 ans, de l’art. 33.1, dans laquelle un tribunal aurait adopté l’interprétation proposée ici par la Couronne, hormis l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel en l’espèce. Le procureur a également reconnu que la cour dans l’affaire *R. c. Vickberg* (1998), 16 C.R. (5th) 164 (C.S. C.-B.) — citée et approuvée par le juge LeBel dans l’arrêt *Bouchard-Lebrun*, par. 89 — avait expressément rejeté l’interprétation de l’art. 33.1 qu’il a proposée (pourvois *Sullivan* et *Chan*, transcription, p. 30-31). À mon avis, le jugement *Vickberg* fait ressortir à juste titre les failles de l’interprétation proposée par la Couronne, et le raisonnement suivi en 1998 par le juge Owen-Flood sur ce point demeure convaincant aujourd’hui : [TRADUCTION] « Les mots “écart marqué” ne s’entendent pas de la manière dont l’accusé s’est retrouvé dans un état d’intoxication[, ils désignent] l’atteinte portée par un individu à l’intégrité physique d’autrui alors qu’il se trouvait dans cet état » (par. 69).

[88] Neither can this Court “read in” that interpretation, as the Crown suggested, by relying on the marginal notes accompanying the legislation and the presumption of constitutionality. To do so would strain the meaning beyond what the text can plausibly bear. In the *Sullivan* and *Chan* appeals, Crown counsel pointed this Court to the marginal note in Bill C-72 recorded next to s. 33.1(2) in support of its interpretation (transcript, at p. 7). The marginal note may well state “Criminal fault by reason of intoxication” but, however relevant it is in interpreting parliamentary intent, it cannot displace the plain language of s. 33.1. Whatever the marginal note might suggest, the text states that fault is determined not “by reason” of intoxication but instead “while” in a state of intoxication. The Crown’s reliance on the presumption of constitutionality is also undermined by the plain meaning of the section. The presumption cannot be relied upon in service of one interpretation where statutory language to the contrary is so clear (*Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 15).

(4) Breaches of Sections 7 and 11(d) of the Charter

[89] Section 33.1 thus applies whenever a person interferes with the bodily integrity of another while in a state of extreme intoxication akin to automatism, regardless of whether a loss of awareness or control or a risk of harm was foreseeable. This breaches ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, even if one accepts Sopinka J.’s premise in *Daviault* that individuals who create the conditions for their loss of control may be in some way morally blameworthy.

(a) *Mens Rea as Required by Section 7*

[90] It is a principle of fundamental justice that proof of penal negligence, in the form of a marked departure from the standard of a reasonable person, is minimally required for a criminal conviction, unless the specific nature of the crime demands subjective fault (*Creighton*, at pp. 61-62; *Vaillancourt*, at

[88] Notre Cour ne peut pas non plus « interpoler » cette interprétation, comme le suggère la Couronne, en s’appuyant sur les notes marginales accompagnant la disposition législative et la présomption de constitutionnalité. Cela dénaturerait le sens qu’on peut attribuer au texte de manière plausible. Dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, le procureur de la Couronne a signalé à notre Cour la note marginale du projet de loi C-72 qui a été ajoutée à côté du par. 33.1(2) à l’appui de son interprétation (transcription, p. 7). Même si la note marginale dit « Responsabilité criminelle en raison de l’intoxication », elle ne peut supplanter le libellé clair de l’art. 33.1, quelle que soit sa pertinence pour l’interprétation de l’intention du Parlement. Peu importe ce que la note marginale peut laisser croire, le libellé de l’article indique que la faute est déterminée non pas « en raison de » l’intoxication, mais « alors que » l’accusé était en état d’intoxication. Le recours par la Couronne à la présomption de constitutionnalité est également compromis par le sens clair de l’article. La présomption ne peut justifier une interprétation qui est si clairement contredite par le libellé de la disposition législative (*Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 15).

(4) Violations de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la Charte

[89] L’article 33.1 s’applique donc chaque fois qu’une personne porte atteinte à l’intégrité corporelle d’autrui alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire s’apparentant à l’automatisme, et ce, peu importe si sa perte de conscience ou de maîtrise ou le risque de causer du tort étaient prévisibles. Il y a violation de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte*, même si l’on accepte la prémisse du juge Sopinka dans *Daviault* suivant laquelle l’individu qui a provoqué l’état à l’origine de sa perte de maîtrise peut d’une certaine manière être moralement blâmable.

a) *Mens rea requise par l’art. 7*

[90] Un principe de justice fondamentale veut qu’une déclaration de culpabilité criminelle exige au minimum la preuve d’une négligence pénale, sous la forme d’un écart marqué par rapport à la norme d’une personne raisonnable, sauf si la nature précise du crime exige une faute subjective (*Creighton*, p. 61-62;

pp. 653-54; *DeSousa*, at p. 962). If the offence takes the form of a predicate act offence, objective foreseeability of harm can be constitutionally sufficient (*DeSousa*, at p. 962).

[91] Section 33.1 requires, for its proper application, an intention to become intoxicated. As noted, the term “self-induced intoxication” has been interpreted to mean voluntarily ingesting a substance that one knows or ought to have known is an intoxicant, in circumstances where the risk of becoming intoxicated is or should be within contemplation (*Chaulk (2007)*, at para. 47). Yet, as LeBel J. observed in his interpretation of s. 33.1 in *Bouchard-Lebrun*, “no distinction based on the seriousness of the effects of self-induced intoxication is drawn in this provision” (para. 91). In other words, it matters little that a person did not foresee their loss of awareness or control. Moreover, nothing is said about the licit or illicit nature of the intoxicant or its known properties. Intention to become intoxicated to any degree suffices.

[92] For this reason, while the provision applies to those who recklessly invite their loss of control, it also captures the sudden and unexpected onset of involuntariness produced by “self-induced intoxication”, for example the patient who experiences an overwhelming and unexpected reaction to a prescribed pain medication and injures another in a state of involuntariness. The patient may have intended to experience the ordinary pain relief effects of the medication, but in those circumstances it would be beyond the contemplation of a reasonable person to foresee a loss of control or awareness of their behaviour.

[93] Section 33.1 also imposes criminal liability where a person’s intoxication carries no objective foreseeability of harm. Just as it draws no distinction based on the seriousness of the effects of intoxication, neither does s. 33.1 draw any distinction based on the risk of harm, which may vary depending on the intoxicant in question. It is certainly true that some inherently risky forms of self-intoxication — such as

Vaillancourt, p. 653-654; *DeSousa*, p. 962). Si l’infraction se fonde sur un acte sous-jacent, la prévisibilité objective d’un préjudice peut être suffisante du point de vue constitutionnel (*DeSousa*, p. 962).

[91] L’intention de s’intoxiquer est une condition nécessaire à l’application correcte de l’art. 33.1. Comme je l’ai noté plus haut, l’expression « intoxication volontaire » a été interprétée comme signifiant l’ingestion volontaire d’une substance que l’on sait ou devrait savoir être une substance intoxicante, dans une situation où l’on envisage ou devrait envisager le risque de s’intoxiquer (*Chaulk (2007)*, par. 47). Pourtant, ainsi que le juge LeBel l’a fait observer en interprétant l’art. 33.1 dans l’arrêt *Bouchard-Lebrun*, « cette disposition n’établit aucune distinction relative à la gravité des effets de l’intoxication volontaire » (par. 91). En d’autres termes, il importe peu que l’individu n’ait pas prévu sa perte de conscience ou de maîtrise. L’article est par ailleurs muet sur le caractère licite ou illicite de la substance intoxicante ou sur ses propriétés connues. L’intention de s’intoxiquer à n’importe quel degré suffit.

[92] Pour cette raison, bien que la disposition s’applique à ceux qui provoquent de manière téméraire leur perte de maîtrise, elle englobe également la manifestation soudaine et inattendue d’un état dans lequel l’individu ne se maîtrise pas à la suite d’une « intoxication volontaire », par exemple dans le cas du patient qui réagit de façon imprévue et incontrôlable à un médicament prescrit contre la douleur et qui blesse une autre personne alors qu’il agit involontairement. Le patient peut avoir eu l’intention de ressentir les effets ordinaires du soulagement de la douleur que procure ce médicament, mais, dans ces circonstances, il serait impossible pour une personne raisonnable de prévoir une perte de maîtrise ou de conscience de sa conduite.

[93] L’article 33.1 impose également une responsabilité criminelle lorsque l’intoxication ne s’accompagne pas de la prévisibilité objective d’un préjudice. Tout comme l’art. 33.1 ne fait aucune distinction fondée sur la gravité des conséquences de l’intoxication, il ne fait pas non plus de distinction fondée sur le risque de préjudice, risque qui peut varier selon la substance intoxicante ingérée. Il n’y a aucun doute

mixing alcohol with dangerous street drugs — may carry reasonably foreseeable harm. The difficulty is that s. 33.1 applies even where the intoxicant in question is typically known for its relaxing or therapeutic properties: [TRANSLATION] “. . . the provision seems capable of applying to people who have done little or nothing for which they can be reproached” (H. Parent, “La constitutionnalité de l’article 33.1 du Code criminel: analyse et commentaires” (2022), 26 *Can. Crim. L.R.* 175, at p. 190). Forms of self-intoxication that carry reasonably foreseeable harm are more blameworthy than those that do not because the individual has proceeded in spite of the known risks. Yet s. 33.1 captures both indifferently on the premise that all extreme self-intoxication is blameworthy.

[94] Additionally, even where an offence criminalizes an inherently dangerous activity, the trier of fact must not simply infer a marked departure from the standard of care (see, e.g., *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *Roy*). It must still be asked whether, first, a reasonable person would have foreseen the risk and taken steps to avoid it and, second, whether the failure to do so amounted to a marked departure from the standard of care expected of a reasonable person in the circumstances. As Professor Parent has observed, [TRANSLATION] “the danger of convicting a person who does not evince ‘sufficient blameworthiness to support a finding of penal liability’ is indeed real” (p. 191, quoting *Beatty*, at para. 33).

[95] Instead, s. 33.1 deems a person to have departed markedly from the standard of care expected in Canadian society whenever a violent act occurs while the person is in a state of extreme voluntary intoxication akin to automatism. This is so even where a loss of control or awareness of one’s behaviour and a risk of harm was unforeseeable and even where the accused’s conduct did not in fact depart markedly from the standard of a reasonable person. In doing so, s. 33.1 runs afoul of the principle of fundamental

que certaines formes d’intoxication volontaire intrinsèquement risquées — comme le fait de mélanger de l’alcool avec des drogues dangereuses — peuvent entraîner un préjudice raisonnablement prévisible. Le problème tient au fait que l’art. 33.1 s’applique même lorsque la substance intoxicante en question est bien connue pour ses propriétés relaxantes ou thérapeutiques : « . . . la disposition semble susceptible de s’appliquer à des personnes qui n’ont pas ou peu de choses à se reprocher » (H. Parent, « La constitutionnalité de l’article 33.1 du Code criminel : analyse et commentaires » (2022), 26 *Rev. can. D.P.* 175, p. 190). Des formes d’intoxication volontaire qui présentent un risque raisonnablement prévisible de préjudice sont plus blâmables que celles ne posant pas ce risque, parce que l’individu s’est intoxiqué en dépit des risques connus. Pourtant, l’art. 33.1 vise toutes ces formes sans distinction, reposant sur la prémisse que toute intoxication volontaire extrême est blâmable.

[94] De plus, même lorsqu’une infraction criminalise une activité intrinsèquement dangereuse, le juge des faits ne peut se contenter de conclure que l’accusé s’est écarté de façon marquée de la norme de diligence applicable (voir, p. ex., *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *Roy*). Il doit aussi se demander, en premier lieu, si une personne raisonnable aurait prévu le risque et pris des mesures pour l’éviter et, en second lieu, si l’omission de l’avoir fait constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence attendue d’une personne raisonnable dans les circonstances. Comme l’a fait remarquer le professeur Parent, « le danger de condamner une personne qui n’est pas “suffisamment blâmable pour justifier une conclusion de responsabilité pénale” est bel et bien réel » (p. 191, citant *Beatty*, par. 33).

[95] L’article 33.1 dispose plutôt qu’une personne est réputée s’écarter de façon marquée de la norme de diligence à laquelle on s’attend dans la société canadienne dès lors qu’elle commet un acte violent alors qu’elle est dans un état d’intoxication volontaire extrême s’apparentant à l’automatisme. Il en est ainsi même lorsque la perte de maîtrise ou de conscience de sa conduite et le risque de préjudice n’étaient pas prévisibles, et même lorsque la conduite de l’accusé ne s’écartait en fait pas de façon marquée de la norme

justice that penal liability requires proof of fault reflecting the offence and punishment faced by the accused (*Motor Vehicle Reference*, at pp. 513-15; *Vaillancourt*, at pp. 653-54). Since s. 33.1 allows a court to convict an accused without proof of the constitutionally required *mens rea*, s. 33.1 violates s. 7 (*Daviault*, at p. 90). By allowing courts to convict individuals of a crime without proof of *mens rea*, s. 33.1 turns those offences, which carry the possibility of imprisonment, into what amounts to absolute liability offences, contrary to s. 7 of the Charter (*Motor Vehicle Reference*, at p. 515).

(b) *Voluntariness as Required by Section 7*

[96] Section 33.1 also directs that an accused person is criminally responsible for their involuntary conduct. Because involuntariness negates the *actus reus* of the offence, involuntary conduct is not criminal, and Canadian law recognizes that the requirement of voluntariness for the conviction of a crime is a principle of fundamental justice (*Luedecke*, at para. 53; *Daviault*, at pp. 91-92). Mr. Brown was convicted by the Court of Appeal of aggravated assault, for actions that he did not commit voluntarily. This breaches s. 7.

[97] There may be situations in which an accused should be answerable for their involuntary actions where they are to blame for the conditions that led to their involuntariness. In terms of physical involuntariness, Professors Plaxton and Mathen give the example of an accused experiencing an involuntary reflex and pulling the trigger of a gun deliberately and voluntarily pointed at a victim (p. 264). I disagree, however, with the view of Slatter J.A. that s. 33.1 operates in a similar manner when he wrote that “Parliament is entitled to establish criminal liability commencing at the stage that intoxicating substances are voluntarily consumed, where the risk of harm to other persons is self-created and objectively foreseeable” (para. 25, citing *Penno*, at pp. 884-85 and 904). The gravamen of s. 33.1 is the violent conduct for which an accused person is charged — in the case

de la personne raisonnable. Ce faisant, l’art. 33.1 va à l’encontre du principe de justice fondamentale suivant lequel la responsabilité pénale exige la preuve d’une faute reflétant l’infraction et la peine dont est passible l’accusé (*Renvoi sur la MVA*, p. 513-515; *Vaillancourt*, p. 653-654). Puisque l’art. 33.1 permet à un tribunal de déclarer un accusé coupable sans preuve de la *mens rea* exigée par la Constitution, l’art. 33.1 viole l’art. 7 (*Daviault*, p. 90). En autorisant les tribunaux à déclarer des individus coupables d’un crime en l’absence d’une preuve de *mens rea*, l’art. 33.1 transforme ces infractions, punissables d’emprisonnement, en ce qui équivaut à des infractions de responsabilité absolue, en contravention de l’art. 7 de la Charte (*Renvoi sur la MVA*, p. 515).

b) *La volonté exigée par l’art. 7*

[96] L’article 33.1 prévoit également que l’accusé est criminellement responsable de sa conduite involontaire. Comme l’absence de volonté écarte l’*actus reus* de l’infraction, la conduite involontaire n’est pas criminelle, et le droit canadien reconnaît que l’exigence relative au caractère volontaire requis pour qu’une personne soit reconnue coupable d’un crime est un principe de justice fondamentale (*Luedecke*, par. 53; *Daviault*, p. 91-92). Monsieur Brown a été déclaré coupable par la Cour d’appel de voies de fait graves par suite d’actes qu’il n’a pas commis volontairement. Cela constitue une violation de l’art. 7.

[97] Il peut y avoir des situations dans lesquelles l’accusé devrait répondre de ses actes involontaires lorsqu’il est à blâmer pour l’état à l’origine de sa conduite involontaire. Sur le plan physique, les professeurs Plaxton et Mathen donnent l’exemple d’un accusé qui, en raison d’un réflexe involontaire, appuie sur la gâchette d’un pistolet qu’il a délibérément et volontairement braqué sur la victime (p. 264). Or, je suis en désaccord avec l’opinion du juge Slatter selon laquelle l’art. 33.1 s’applique d’une manière similaire lorsqu’il écrit que [TRADUCTION] « le Parlement est en droit d’imposer la responsabilité criminelle à partir du moment où une personne consomme volontairement une substance intoxicante, créant ainsi elle-même un risque objectivement prévisible de causer un préjudice à autrui » (par. 25, citant *Penno*, p. 884-885 et 904). L’essence de l’infraction prévue à l’art. 33.1

of Mr. Brown, aggravated assault — and not the act of voluntarily consuming intoxicants.

[98] It may be that the voluntariness problem could be avoided if Parliament legislated an offence of dangerous intoxication or intoxication causing harm that incorporates voluntary intoxication as an essential element — in this hypothetical offence, the gravamen of the offence is the voluntary intoxication, not the involuntary conduct that follows. I recall that, in part, this was the invitation made by the majority of this Court in *Daviault* (p. 100); a suggested avenue of legislative action that had also been noted nearly twenty years before the enactment of Bill C-72 by Dickson J., as he then was, in *Leary* (“a crime of being drunk and dangerous”) (pp. 46-47). I recall too that Paciocco J.A. signaled this option in *Sullivan*, as one that would not infringe the *Charter* rights that s. 33.1 disregards: “It would criminalize”, he wrote, “the very act from which the Crown purports to derive the relevant moral fault, namely, the decision to become intoxicated in those cases where that intoxication proves, by the subsequent conduct of the accused, to have been dangerous” (para. 134). This, however, is not what Parliament enacted in that s. 33.1 exposes the accused to jeopardy for the underlying offence, not for extreme intoxication which is not, in itself, an unlawful act.

(c) *Substitution as Prohibited by Section 11(d)*

[99] Section 11(d) of the *Charter* guarantees the accused’s right to be presumed innocent until proven guilty. To convict the accused, the Crown must prove all the essential elements, including the requisite *mens rea* for the offence, beyond a reasonable doubt. As my colleague Moldaver J. explained in *Morrison*, Parliament sometimes directs that proof of one fact is presumed to satisfy proof of one of the essential elements of the offence and this kind of substitution can comply with s. 11(d). Yet as he observed, the presumption of innocence will only be satisfied if

est le comportement violent pour lequel l’accusé est inculqué — dans le cas de M. Brown, des voies de fait graves — et non l’acte de consommer volontairement des substances intoxicantes.

[98] Le problème du caractère volontaire pourrait peut-être être évité si le Parlement créait une infraction d’intoxication dangereuse ou d’intoxication causant des lésions dont l’un des éléments essentiels serait l’intoxication volontaire. Dans le cas de cette infraction hypothétique, l’essence de l’infraction est l’intoxication volontaire, et non l’acte involontaire qui s’ensuit. Je rappelle qu’il s’agit en partie de l’invitation que les juges majoritaires de notre Cour avaient formulée dans l’arrêt *Daviault* (p. 100); une mesure législative qui avait également déjà été proposée presque vingt ans avant l’adoption du projet de loi C-72 par le juge Dickson, plus tard juge en chef, dans l’arrêt *Leary* (« le délit d’ivresse associée à un comportement dangereux ») (p. 46-47). Je rappelle aussi que, dans l’arrêt *Sullivan*, le juge Paciocco a mentionné cette solution, soulignant qu’elle ne porterait pas atteinte aux droits garantis par la *Charte* dont l’art. 33.1 fait abstraction : [TRADUCTION] « On criminaliserait ainsi », a-t-il écrit, « l’acte même dont la Couronne affirme tirer la faute morale en cause, à savoir la décision de s’intoxiquer dans les cas où l’intoxication s’avère, en raison des gestes que pose par la suite l’accusé, avoir été dangereuse » (par. 134). Ce n’est toutefois pas ce que le Parlement a édicté, en ce sens que l’art. 33.1 expose l’accusé au risque d’une déclaration de culpabilité à l’égard de l’infraction visée au par. 33.1(3) et non de l’intoxication extrême, qui n’est pas en soi un acte illégal.

c) *Substitution interdite par l’al. 11d)*

[99] L’alinéa 11d) de la *Charte* garantit le droit de l’inculqué d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable. Pour faire déclarer l’accusé coupable, la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments essentiels de l’infraction, y compris la *mens rea* requise pour cette infraction. Comme mon collègue le juge Moldaver l’a expliqué dans l’arrêt *Morrison*, le Parlement prévoit parfois que la preuve d’un fait est présumée être la preuve de l’un des éléments essentiels d’une infraction, ajoutant que ce type de substitution peut être conforme à l’al. 11d).

proof of the substituted fact leads “inexorably” to the conclusion that the essential element it replaces exists (para. 52). This connection must hold true “in all cases” and not be based on a mere probability or common sense inference (para. 53). Otherwise, the substitution may result in the accused being convicted, based on proof of the substituted fact, despite the existence of a reasonable doubt as to the essential element of the offence that it replaces.

[100] Many critics of *Daviault* take the view that intoxication should aggravate, not excuse, the liability of someone who self-intoxicates and causes injury to another, even if their actions are involuntary (see discussion in P. Healy, “Criminal Reports Forum on *Daviault*: Extreme Intoxication Akin to Automatism Defence to Sexual Assault — Another Round on Intoxication” (1995), 33 C.R. (4th) 269, at p. 271). It is often argued that the fault attaching to a person who puts themselves in a situation where they lose control and cause harm to another by reason of voluntary intoxication sufficiently demonstrates fault for the violent act itself. I recall the words of the Minister in Parliament quoted above who, after referencing the dissent in *Daviault*, noted that the blameworthiness in the act of voluntary intoxication can be sufficient to link it to criminal liability for the harm charged in the offence given the seriousness of that harm.

[101] The Crown argues that s. 33.1 is not an instance of improper substitution, but instead a choice by Parliament to redefine the fault and voluntariness required for conviction of the underlying offence. Where violence ensues, the expression “self-induced intoxication” in s. 33.1 includes a voluntariness component in that the accused is properly held responsible for the free choice to become extremely intoxicated. The term “self-induced” also provides the constitutionally required *mens rea*. It should be interpreted, says the Crown, to mean that the accused knew or ought to have known that the substance was an intoxicant and that the risk of becoming intoxicated was or should have been in their contemplation. Moreover, read together, s. 33.1(1) and (2) satisfy the requirements

Pourtant, comme il l’a fait observer, la présomption d’innocence ne sera respectée que si la preuve du fait substitué mène « inexorablement » à la conclusion que l’élément essentiel qu’il remplace existe (par. 52). Ce lien doit nécessairement demeurer valable « dans tous les cas » et ne peut reposer sur une simple probabilité ni sur une déduction conforme au bon sens (par. 53). Sinon, l’accusé risque d’être déclaré coupable sur le fondement de la preuve du fait substitué, malgré l’existence d’un doute raisonnable quant à l’élément essentiel de l’infraction ainsi remplacé.

[100] De nombreux critiques de l’arrêt *Daviault* sont d’avis que l’état d’intoxication devrait alourdir la responsabilité de la personne qui s’intoxique et cause préjudice à autrui, même involontairement, et non l’exonérer (voir l’analyse dans P. Healy, « Criminal Reports Forum on *Daviault* : Extreme Intoxication Akin to Automatism Defence to Sexual Assault — Another Round on Intoxication » (1995), 33 C.R. (4th) 269, p. 271). On fait souvent valoir que la faute d’une personne qui se place dans une situation où elle perd la maîtrise de ses actes et cause du tort à autrui en raison de son intoxication volontaire constitue une preuve suffisante de la faute à l’égard de l’acte violent lui-même. Je rappelle les propos précités tenus au Parlement par le ministre qui, après avoir fait état de la dissidence dans l’arrêt *Daviault*, faisait observer que le caractère répréhensible de l’intoxication volontaire pourrait suffire à prouver la responsabilité criminelle de l’accusé à l’égard des faits reprochés dans la mise en accusation, compte tenu de la gravité du tort causé.

[101] La Couronne soutient que l’art. 33.1 ne donne pas lieu à une substitution irrégulière, mais qu’il résulte plutôt du choix du Parlement de redéfinir la faute et la volonté requises pour qu’une personne soit déclarée coupable de l’infraction visée au par. 33.1(3). Lorsque la violence s’ensuit, l’expression « intoxication volontaire » à l’art. 33.1 comporte un élément de volonté, en ce que l’accusé doit à juste titre répondre de son libre choix de s’intoxiquer à un degré extrême. L’expression « volontaire » suppose par ailleurs l’existence de la *mens rea* exigée par la Constitution. Selon la Couronne, cette expression doit être interprétée comme signifiant que l’accusé savait ou aurait dû savoir que la substance qu’il ingérait était une substance intoxicante et qu’il avait envisagé le risque

of criminal negligence of a marked departure from the standard of reasonable conduct through the voluntary act of becoming intoxicated.

[102] I disagree with the Crown. Mr. Brown is right to say that s. 33.1 improperly substitutes proof of self-induced intoxication for proof of the essential elements of an offence, contrary to s. 11(d) of the *Charter*.

[103] As noted, s. 33.1 unequivocally removes a defence that the accused lacked the general intent or voluntariness to commit the offence. Accordingly, the fault and voluntariness of intoxication are substituted by s. 33.1 for the fault and voluntariness of the violent offence. The provision has been described as “a legislated form of guilt-by-proxy” whereby the moral blameworthiness that one might associate with extreme self-induced intoxication is substituted for the *mens rea* of the violent offences of general intent which make up the charge pursuant to s. 33.1(3) (Lawrence, at p. 391; see also F. E. Chapman, “*Sullivan*. Specific and General Intent be Damned: Volition Missing and *Mens Rea* Incomplete” (2020), 63 C.R. (7th) 164, at pp. 167-71). To avoid the improper substitution problem, the trier of fact must be sure that the fault attaching to the intoxication is such that the person can fairly be held accountable for their violent conduct.

[104] Section 33.1 fails the test in *Morrison* and amounts to a constitutionally improper substitution. While an accused who loses conscious control and assaults another person after a night of substance abuse is undoubtedly morally blameworthy, s. 33.1 faces obvious difficulties. It does not discern, for example, between the accused and morally blameless individuals who voluntarily consume legal intoxicants for personal or medical purposes. It therefore cannot be said that, “in all cases” under s. 33.1, the intention to become intoxicated can be substituted for the intention to commit a violent offence. Moreover, even in the case of the accused who voluntarily ingested an illegal

de s’intoxiquer ou aurait dû l’envisager. Il résulte par ailleurs du rapprochement des par. 33.1(1) et (2) que ces dispositions satisfont à l’exigence en matière de négligence criminelle que constitue l’écart marqué par rapport à la norme de la conduite raisonnable en raison de l’acte volontaire de s’intoxiquer.

[102] Je suis en désaccord avec la Couronne. Monsieur Brown a raison d’affirmer que l’art. 33.1 substitue irrégulièrement la preuve de l’intoxication volontaire à la preuve des éléments essentiels d’une infraction, ce qui va à l’encontre de l’al. 11d) de la *Charte*.

[103] Comme je l’ai déjà signalé, l’art. 33.1 abolit sans équivoque la défense selon laquelle l’accusé n’avait pas l’intention générale ou la volonté de commettre l’infraction. L’article 33.1 substitue donc la faute et la volonté de s’intoxiquer à la faute et à l’intention de commettre l’infraction violente. Cette disposition a été qualifiée de [TRADUCTION] « forme de culpabilité par procuration prévue par la loi » qui permet de substituer la culpabilité morale que l’on peut associer à l’intoxication extrême volontaire à la *mens rea* des infractions violentes d’intention générale sur lesquelles repose l’accusation portée en vertu du par. 33.1(3) (Lawrence, p. 391; voir aussi F. E. Chapman, « *Sullivan*. Specific and General Intent be Damned : Volition Missing and *Mens Rea* Incomplete » (2020), 63 C.R. (7th) 164, p. 167-171). Pour éviter ce problème de substitution irrégulière, le juge des faits doit être convaincu que la faute associée à l’intoxication est telle que l’on puisse légitimement tenir l’individu responsable de sa conduite violente.

[104] L’article 33.1 ne satisfait pas au critère formulé dans l’arrêt *Morrison* et constitue une substitution irrégulière sur le plan constitutionnel. Même si l’accusé qui perd la maîtrise consciente de ses actes et attaque une autre personne après avoir passé la nuit à consommer abusivement des substances est sans aucun doute moralement blâmable, l’art. 33.1 se heurte à des difficultés évidentes. Il ne fait pas de distinction, par exemple, entre l’accusé et les personnes moralement irréprochables qui consomment volontairement des substances intoxicantes légales à des fins personnelles ou médicales. On ne peut donc pas dire que, « dans tous les cas » prévus à l’art. 33.1, on peut substituer l’intention de s’intoxiquer

drug like magic mushrooms, proof of self-induced intoxication does not lead inexorably to the conclusion that the accused intended to or voluntarily committed aggravated assault in all cases.

[105] In sum, the effect of s. 33.1 is to invite conviction even where a reasonable doubt remains about the voluntariness or the fault required to prove the violent offence, contrary to the presumption of innocence under s. 11(d).

(d) *Contemporaneity*

[106] As a final point, Mr. Brown asserts that s. 33.1 infringes s. 7 of the *Charter* because the violent offence occurs later in time than the intention to become intoxicated. Mr. Brown says this is contrary to rule of contemporaneity, which holds that the *actus reus* and *mens rea* must coincide. The Crown responds that symmetry is not required between the *mens rea* and the consequences of the prohibited act.

[107] Symmetry differs from contemporaneity. Symmetry refers to knowledge or foreseeability of the precise consequences of the *actus reus*. For example, in *Creighton*, McLachlin J., as she then was, held that the accused need not foresee death, the consequence, specifically — it was enough to foresee bodily harm that is neither trivial nor transitory (pp. 44-45). Contemporaneity holds that the guilty mind must concur with the prohibited act, although this principle is applied flexibly (*R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 156). Contemporaneity has not yet been recognized as a principle of fundamental justice, and I respectfully decline to do so here. The *mens rea*, voluntariness, and improper substitution breaches remain the most accurate and relevant way of describing the way in which s. 33.1 imposes absolute liability, contrary to the principles of fundamental justice.

à l'intention de commettre une infraction violente. De plus, même dans le cas de l'accusé qui a volontairement ingéré une drogue illégale comme des champignons magiques, la preuve de l'intoxication volontaire n'entraîne pas inexorablement la conclusion que l'accusé voulait commettre ou a volontairement commis des voies de fait graves dans tous les cas.

[105] En somme, l'art. 33.1 a pour effet d'inviter le tribunal à reconnaître l'accusé coupable même lorsqu'il subsiste un doute raisonnable quant à la volonté ou à la faute requises pour prouver l'infraction violente, ce qui va à l'encontre de la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d).

d) *Simultanéité*

[106] En dernier lieu, M. Brown affirme que l'art. 33.1 contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, parce que l'infraction violente survient après l'intention de s'intoxiquer, ce qui, selon M. Brown, est contraire à la règle de la simultanéité, selon laquelle l'*actus reus* et la *mens rea* doivent coïncider. La Couronne rétorque qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait symétrie entre la *mens rea* et les conséquences de l'acte prohibé.

[107] Il y a une différence entre symétrie et simultanéité. On entend par symétrie la connaissance ou la prévisibilité des conséquences précises de l'*actus reus*. Par exemple, dans l'arrêt *Creighton*, la juge McLachlin, plus tard juge en chef, a estimé qu'il n'était pas nécessaire que l'accusé ait prévu expressément que ses actes causeraient la mort, ajoutant qu'il suffisait qu'il ait prévu que ses actes causeraient des lésions corporelles qui ne soient ni sans importance ni de nature passagère (p. 44-45). Pour qu'il y ait simultanéité, il doit y avoir concomitance entre l'intention coupable et l'acte prohibé, bien que ce principe soit appliqué avec souplesse (*R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 156). La simultanéité n'a pas encore été reconnue comme un principe de justice fondamentale, et je refuse, en toute déférence, de le faire dans le cas qui nous occupe. La violation pour cause de négation de la *mens rea*, la violation du principe de la volonté et la violation pour cause de substitution irrégulière demeurent la façon la plus précise et la plus utile d'expliquer comment l'art. 33.1 impose une responsabilité absolue, en violation des principes de justice fondamentale.

[108] I thus agree with the conclusion of the *voir dire* judge and with Khullar J.A., who relied on the reasons of the majority of the Court of Appeal in *Sullivan*, that s. 33.1 violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

[109] I turn to a consideration of whether s. 33.1 can be saved under s. 1.

C. *Justification Analysis*

[110] The Crown must show on a balance of probabilities that the limits on ss. 7 and 11(d) brought by s. 33.1 are reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter* (*Oakes*, at pp. 135 and 137). The legislative goals of the provision must first be sufficiently pressing and substantial to justify curtailing a *Charter* right. There must also be proportionality between Parliament's objectives and its chosen means. Proportionality is understood to have three components: (i) rational connection to the objective, (ii) minimal impairment of the right, and (iii) proportionality between the effects of the measure and the objective (*Oakes*, at pp. 138-39; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 58).

[111] Unlike in the appeal in *Daviault*, Parliament had before it a record related to the social problems associated with extreme intoxication and violence when enacting s. 33.1. The evidence highlighted the strong correlation between alcohol and drug use and violent offences, in particular against women, and brought to the fore of Parliament's attention the equality, dignity, and security rights of all victims of intoxicated violence with particular attention given to vulnerable groups, including women and children. In the circumstances of the three appeals before the Court, it is undeniable that Mr. Brown, Mr. Sullivan and Mr. Chan inflicted great harm upon their victims and have caused lasting physical and psychological injuries. Bill C-72's protective public goals cannot be understated: these interests bear meaningful attention at both principal steps in the s. 1 analysis.

[108] Je suis par conséquent d'accord avec la conclusion du juge ayant tenu le voir-dire et avec la juge Khullar, qui s'est appuyée sur les motifs de la majorité de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sullivan*, que l'art. 33.1 viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

[109] Je vais maintenant me demander si l'art. 33.1 peut être sauvegardé en vertu de l'article premier.

C. *Analyse de la justification*

[110] La Couronne doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les limites imposées à l'art. 7 et à l'al. 11d) par l'art. 33.1 sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte* (*Oakes*, p. 135 et 137). Les objectifs législatifs de cette disposition doivent être suffisamment urgents et réels pour justifier la restriction d'un droit garanti par la *Charte*. Les objectifs du Parlement et les moyens qu'il a choisis doivent également être proportionnels. La proportionnalité comporte trois aspects : (i) le lien rationnel avec l'objectif, (ii) l'atteinte minimale au droit et (iii) la proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif (*Oakes*, p. 138-139; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 58).

[111] Contrairement à la situation en cause dans l'affaire *Daviault*, le Parlement disposait d'un dossier sur les problèmes sociaux associés à l'intoxication extrême et à la violence lorsqu'il a adopté l'art. 33.1. Les données faisaient ressortir la forte corrélation qui existe entre la consommation d'alcool et de drogues et la perpétration d'infractions violentes, en particulier contre les femmes, et elles ont attiré l'attention du Parlement sur les droits à l'égalité, à la dignité et à la sécurité de toutes les victimes d'actes de violence commis par des individus en état d'intoxication, une attention particulière étant accordée aux groupes vulnérables, notamment les femmes et les enfants. Eu égard aux circonstances des trois pourvois dont la Cour est saisie, il est indéniable que MM. Brown, Sullivan et Chan ont infligé de graves sévices à leurs victimes et leur ont causé des blessures physiques et psychologiques durables. Les objectifs de protection du public visés par le projet de loi C-72 ne doivent pas être sous-estimés : ces intérêts méritent une attention particulière aux deux principales étapes de l'analyse fondée sur l'article premier.

[112] While s. 33.1 reflects broad Parliamentary pursuits relating to the common good, it also engages the traditional confrontation between the individual accused and the state in the context of a criminal prosecution. As we have seen, s. 33.1 challenges principles at the very core of our justice system, including the presumption of innocence, that exist to protect the morally innocent and prevent wrongful convictions. I observe that Parliament also had these considerations in mind in enacting s. 33.1. The sixth paragraph of the preamble has largely been ignored, where Parliament states its desire “to promote and help to ensure the full protection of the rights guaranteed under sections 7, 11, 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for all Canadians”. To be sure, this contains a further reference to the rights of victims, including women and children. But the reference to s. 7 also extends, of course, to persons accused and, more tellingly still, the reference to s. 11, including the presumption of innocence in s. 11(d), can only refer to “[a]ny person charged with an offence”. In announcing its policy goals of protecting victims of intoxicated violence, on the one hand, and the rights of the accused, on the other, Parliament appears to have foreseen in the preamble the delicate balancing task that this Court must undertake under s. 1 of the *Charter*.

[113] Invoking the goals served by s. 33.1, the Crown submits that the Alberta Court of Appeal was right to decide the provision imposes reasonable limits and is justified under s. 1. As for Mr. Brown, he argues that the provision fails at each step of the proportionality analysis. Its only valid purpose is not rationally connected to the provision, it is not minimally impairing, and the meaningful risk of wrongful convictions outweigh the salutary effects.

[114] In my respectful view, Mr. Brown significantly understates the important goals pursued by Parliament in enacting s. 33.1. That said, given the patent risk that s. 33.1 may result in the conviction of an accused person who had no reason to believe

[112] Bien que l’art. 33.1 témoigne des visées générales du Parlement à l’égard du bien commun, il fait également intervenir la confrontation traditionnelle entre l’individu accusé et l’État dans le cadre d’une poursuite criminelle. Comme nous l’avons vu, l’art. 33.1 remet en question des principes au cœur même de notre système de justice, notamment la présomption d’innocence, qui ont pour raison d’être de protéger les personnes moralement innocentes et de prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées. Je constate que le Parlement avait ces considérations en tête lorsqu’il a adopté l’art. 33.1. On a fait largement abstraction du sixième paragraphe du préambule, dans lequel le Parlement énonce sa volonté de « promouvoir et assurer la protection des droits que les articles 7, 11, 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent à tous ». Certes, ce paragraphe mentionne aussi les droits des victimes, notamment des femmes et des enfants. Mais la mention de l’art. 7 vaut également, bien sûr, pour les personnes accusées et, ce qui est encore plus révélateur, la mention de l’art. 11, dont la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d), ne peut viser que « [t]out inculpé ». En annonçant ses objectifs d’intérêt public de protéger les victimes d’actes de violence commis en état d’intoxication, d’une part, et les droits de l’accusé, d’autre part, le Parlement semble avoir anticipé dans le préambule la délicate mise en balance que doit effectuer notre Cour au regard de l’article premier de la *Charte*.

[113] Invoquant les objectifs de l’art. 33.1, la Couronne fait valoir que la Cour d’appel de l’Alberta a eu raison de statuer que cette disposition impose des limites raisonnables et qu’elle est justifiée en vertu de l’article premier. Quant à M. Brown, il soutient que la disposition ne satisfait à aucun des volets de l’analyse de la proportionnalité. Le seul objectif valable n’est pas rationnellement lié à la disposition, il ne constitue pas une atteinte minimale, et le risque non négligeable de déclarations de culpabilité injustifiées l’emporte sur ses effets bénéfiques.

[114] À mon humble avis, M. Brown sous-estime considérablement les importants objectifs d’intérêt public que poursuivait le Parlement en adoptant l’art. 33.1. Cela dit, étant donné le risque manifeste que l’art. 33.1 entraîne la déclaration de culpabilité

that their voluntary intoxication would lead to a violent consequence, I agree with him, and with the respondents in the *Sullivan* and *Chan* appeals, that s. 33.1 fails at the proportionality step and thus cannot be saved under s. 1. After a weighing of the salutary and deleterious effects of s. 33.1, including the risk of what I see as a wrongful conviction, I conclude that Parliament's aims come at too high a cost.

(1) Pressing and Substantial Purpose

[115] The parliamentary record, the preamble and, of course, s. 33.1 itself, all point to the two broad reasons why s. 33.1 was enacted in the period following *Daviault*: the protection of the victims of extremely intoxicated violence and a sense that the law should hold offenders accountable for the bodily harm they cause to others when, by choice, they become extremely intoxicated. With some variations, these were the purposes recognized by the *voir dire* judge and all the judges on appeal in this case.

[116] While these broad aspirations are easy enough to identify, the accused in this appeal and in the *Sullivan* and *Chan* appeals argue that the purposes of a provision must be described with greater precision when one examines whether a law that breaches the *Charter* is justified under s. 1. It is rightly said that, for the law's purpose to be "pressing and substantial", it must be characterized in light of the requirements of the *Oakes* test to be of value (*Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, at para. 46; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 76). The purpose must be properly identified with a view to justifying the infringement of the *Charter*, otherwise the exercise is not helpful for the balancing mandated by s. 1. If the purpose is characterized too broadly and without a view to the infringement, the rational connection inquiry in *Oakes* and the balancing exercise at the core of the s. 1 analysis risk losing their *raison d'être*. One can fairly say that virtually all of substantive criminal law seeks, at some level,

d'un accusé qui n'avait aucune raison de croire que son intoxication volontaire donnerait lieu à des actes violents, je conviens avec lui, de même qu'avec les intimés dans les pourvois *Sullivan* et *Chan*, que l'art. 33.1 échoue à l'étape de la proportionnalité et ne peut donc être sauvé en vertu de l'article premier. Après avoir soupesé les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de l'art. 33.1, y compris le risque que constituent à mon avis des déclarations de culpabilité injustifiées, je conclus que le coût des objectifs du Parlement est trop élevé.

(1) Objectif urgent et réel

[115] L'historique parlementaire, le préambule et, bien sûr, l'art. 33.1 lui-même mettent tous en relief les raisons principales pour lesquelles cet article a été adopté après l'arrêt *Daviault* : la protection des victimes d'actes de violence commis en état d'intoxication extrême et l'idée que la loi devrait tenir les contrevenants responsables des lésions corporelles qu'ils causent à autrui quand ils font le choix de devenir extrêmement intoxiqués. Voilà, à quelques variations près, les objectifs reconnus par le juge qui a tenu le voir-dire et par tous les juges de la Cour d'appel en l'espèce.

[116] Bien qu'il soit assez facile de cerner ces aspirations générales, les accusés dans le présent pourvoi et les pourvois *Sullivan* et *Chan* soutiennent tous que les objectifs d'une disposition doivent être décrits avec une précision accrue lorsqu'on se demande si une disposition violant la *Charte* est justifiée au regard de l'article premier. On dit à juste titre que, pour que l'objectif de la disposition soit « urgent et réel », on doit le qualifier à la lumière des exigences de l'analyse établie dans *Oakes* pour qu'il soit utile aux fins de l'opération (*Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 46; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 76). Il faut cerner correctement l'objectif afin de justifier l'atteinte à la *Charte*, sinon l'opération n'est pas utile pour la mise en balance exigée par l'article premier. Si l'on donne à l'objectif une portée trop large et sans tenir compte de l'atteinte, l'analyse du lien rationnel dans *Oakes* et la mise en balance au cœur de l'analyse fondée sur l'article premier risquent de perdre leur raison d'être.

to “protect victims of crime” and “hold perpetrators accountable for their blameworthy conduct”. So characterized, s. 33.1 would inevitably be understood as rationally connected to its purpose and the measure of proportionality would be thwarted such that the s. 1 analysis would lose its explanatory value.

[117] It is not therefore enough to say, as the Attorney General of Canada does here, that “protection for victims of intoxicated crime” and “holding perpetrators of intoxicated violence accountable” defines Parliament’s purpose in enacting s. 33.1 in such a sufficiently precise a manner so as to ground the s. 1 analysis (I.F., at paras. 3 and 6). In particular, this was one of the reasons that Paciocco J.A. rejected accountability as a pressing and substantial purpose in *Sullivan*. Not only is “accountability for morally blameworthy” conduct unhelpfully broad, “accountability for morally blameworthy behaviour in a constitutionally compliant manner” is also unworkable in that the latter identification of the accountability purpose risks circular reasoning by confusing the ends of the legislation with its means. Nor is it enough to say that Parliament simply sought to legislate a standard of fault, as that would describe the purpose too narrowly and merely reiterate the means chosen to achieve the legislative ends (*K.R.J.*, at para. 63).

[118] What, then, are the objectives of s. 33.1 and are they properly identified for conducting the justification exercise under s. 1?

[119] It is plain that s. 33.1, above all things, blocks the defence of automatism for the extremely intoxicated offender that was recognized in *Daviault* as an exception to the intoxication rules. Parliament did so with two specific purposes in mind. First, it sought to protect the victims of extremely intoxicated violence, with particular attention to women and

On peut affirmer avec justesse que pratiquement tout le droit pénal substantiel vise, dans une certaine mesure, à « protéger les victimes d’actes criminels » et à « tenir les auteurs de ces actes responsables de leur comportement blâmable ». Ainsi qualifié, l’art. 33.1 serait inévitablement considéré comme ayant un lien rationnel avec son objet, et l’appréciation de la proportionnalité serait contrecarrée, de sorte que l’analyse fondée sur l’article premier perdrait sa valeur explicative.

[117] Il ne suffit donc pas de dire, comme le fait le procureur général du Canada en l’espèce, que le fait de [TRADUCTION] « protéger les victimes de crimes commis en état d’intoxication » et de « tenir les auteurs d’actes de violence commis en état d’intoxication responsables de leur conduite » définit avec suffisamment de précision l’objectif que visait le Parlement en adoptant l’art. 33.1 pour fonder l’analyse relative à l’article premier (m. interv., par. 3 et 6). En particulier, c’est l’une des raisons pour lesquelles le juge Paciocco a rejeté la responsabilisation en tant qu’objectif urgent et réel dans l’arrêt *Sullivan*. Non seulement la « responsabilité d’un comportement moralement répréhensible » est-elle inutilement large, la « responsabilité conforme à la Constitution d’un comportement moralement répréhensible » mène elle aussi à une impasse, en ce que la dernière qualification de l’objectif de responsabilisation risque de mener à un raisonnement circulaire en confondant les fins de la disposition législative et ses moyens. Il ne suffit pas non plus de dire que le Parlement ne cherchait qu’à instaurer par voie législative une norme de faute, car cela décrirait l’objectif de manière trop étroite et ne ferait que répéter les moyens choisis pour réaliser les fins législatives (*K.R.J.*, par. 63).

[118] Quels sont alors les objectifs de l’art. 33.1 et sont-ils cernés adéquatement pour permettre l’analyse de la justification au regard de l’article premier?

[119] Il est clair que, par-dessus tout, l’art. 33.1 refuse aux contrevenants extrêmement intoxiqués la défense d’automatisme en tant qu’exception aux règles sur l’intoxication reconnue dans *Daviault*. Le Parlement l’a fait en ayant deux objectifs précis en tête. D’abord, il a cherché à protéger les victimes d’actes de violence commis par un contrevenant en

children whose equal place in society is compromised by sexual assault and other violent crimes of general intent in such circumstances. Second, it sought to call offenders to answer for their choice to voluntarily ingest intoxicants, where that choice creates a risk of violent crime. Those offenders should be accountable for the harm they cause as a result of their choice to self-intoxicate and thereby create the risk of extreme intoxication. In other words, in addition to its goal of protecting victims of such crimes, Parliament wanted to explain, as a moral proposition, why the defence of automatism should not be available for those who chose to intoxicate themselves to an extreme degree and risk violent consequences. Unlike a person who becomes an automaton by reason of an external force beyond their control, a person who voluntarily becomes intoxicated in the extreme has taken a risk that they will harm others in that state. Parliament sought to have an accused answer for that choice. These are the two objectives that Parliament felt were sufficient to justify the enactment of legislation that, as we have seen, infringes *prima facie* upon ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

[120] I share the view that the protective purpose is sufficiently pressing and substantial to warrant limiting *Charter* rights. As stated by Lamer C.J. in *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at para. 43: “There is no question that the protection of the public from intoxicated offenders is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom.”

[121] Paciocco J.A. explained in *Sullivan* why he viewed the accountability objective as impermissible and, as a result, cannot be considered as a “pressing and substantial objective” under the *Oakes* analysis. He wrote in part: “It cannot be that a preference for other values over constitutionally entrenched values is a pressing and substantial reason for denying constitutional rights” (para. 113).

état d’intoxication extrême, en portant une attention particulière aux femmes et aux enfants dont le droit à une place égale dans la société est compromis par les agressions sexuelles et d’autres crimes violents d’intention générale en pareilles circonstances. Ensuite, il a cherché à obliger les contrevenants à répondre de leur choix d’ingérer volontairement des substances intoxicantes, lorsque ce choix risque de donner lieu à un crime violent. Ces contrevenants devraient être tenus responsables du tort qu’ils causent en raison de leur choix de s’intoxiquer et de créer par le fait même le risque d’intoxication extrême. Autrement dit, outre son objectif de protéger les victimes de tels crimes, le Parlement voulait expliquer, sur le plan moral, pourquoi ceux et celles qui choisissent de s’intoxiquer à un degré extrême et risquent de poser des gestes violents ne devraient pas pouvoir invoquer la défense d’automatisme. Contrairement à la personne qui devient un automate en raison d’une force externe indépendante de sa volonté, la personne qui devient extrêmement intoxiquée de son plein gré a pris le risque de causer du tort à autrui dans cet état. Le Parlement a cherché à obliger l’accusé à répondre de ce choix. Voilà les deux objectifs que le Parlement jugeait suffisants pour justifier l’adoption d’une disposition législative qui, comme nous l’avons vu, viole à première vue l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*.

[120] Je partage l’opinion selon laquelle l’objectif de protection est suffisamment urgent et réel pour justifier la restriction de droits garantis par la *Charte*. Ainsi que l’a déclaré le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 43 : « Il ne fait aucun doute que la protection du public contre les contrevenants en état d’intoxication est d’une importance suffisante pour justifier la dérogation à un droit ou à une liberté protégés par la Constitution. »

[121] Dans l’arrêt *Sullivan*, le juge Paciocco a expliqué pourquoi il jugeait inacceptable l’objectif de responsabilisation et, en conséquence, pourquoi celui-ci ne peut être considéré comme un « objectif urgent et réel » selon l’analyse prescrite dans l’arrêt *Oakes*. Il a notamment écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Une préférence envers d’autres valeurs que celles que consacre la Constitution ne saurait constituer une raison urgente et réelle de nier des droits constitutionnels » (par. 113).

[122] Respectfully, I disagree. First, as I note below, Parliament did not “reject” the constitutional values spoken to in *Daviault* when it enacted s. 33.1. As the Minister stated in the House and as evidenced by the preamble to Bill C-72, the law sought to respect both the rights of the accused and the interests of victims. More importantly, I believe that, properly construed, Parliament’s specific accountability objective in the particular circumstances of this case is neither too broad nor does it lead to circular reasoning that would defeat the usefulness of *Oakes*.

[123] The objectives that moved Parliament to enact s. 33.1 in the wake of *Daviault* are not completely encapsulated by the single goal of protecting the victims of extremely intoxicated violent crime. For Parliament, s. 33.1 also sought to express a moral view, stated in the preamble, that a person should be precluded from escaping liability for certain violent crimes by reason of their self-induced extreme intoxication. In the House, the Minister made plain when speaking to his approach based on the principle of accountability, that “[p]eople cannot be permitted to hide behind drunkenness or other forms of intoxication to escape responsibility for their criminal conduct” (Hansard, March 27, 1995, at p. 11038). Parliament’s purpose in enacting s. 33.1 reflects this idea of personal responsibility and its relevance to the availability of the defence of automatism for intoxicated violence.

[124] The objective that Parliament sought to act upon is distinct from the protective purpose of the law. In fact, it rests on a philosophical idea that one should not be able to create the conditions of one’s own criminal defence to block liability for the crime committed (see S. Dimock, “Actio Libera in Causa” (2013), 7 *Crim. Law and Philos.* 549, at p. 511 (who gives the example of the voluntarily intoxicated offender); see also, Plaxton and Mathen, at p. 257). As Professor Parent has written, in addition to protecting the public, [TRANSLATION] “the purpose of

[122] En toute déférence, je ne suis pas d’accord. Premièrement, comme je le fais remarquer plus loin, quand il a adopté l’art. 33.1, le Parlement n’a pas « rejeté » les valeurs constitutionnelles dont il est question dans l’arrêt *Daviault*. Comme l’a mentionné le ministre en Chambre et comme en témoigne le préambule du projet de loi C-72, la disposition législative visait à respecter tant les droits de l’accusé que les intérêts des victimes. Plus important encore, j’estime que, bien interprété, l’objectif spécifique de responsabilisation visé par le Parlement dans les circonstances de l’espèce n’est ni trop large, ni ne mène à un raisonnement circulaire qui contrecarrerait l’utilité de l’arrêt *Oakes*.

[123] Les objectifs qui ont poussé le Parlement à adopter l’art. 33.1 dans la foulée de l’arrêt *Daviault* ne sont pas entièrement résumés par le but unique de protéger les victimes d’un crime violent commis par des personnes en état d’intoxication extrême. Pour le Parlement, l’art. 33.1 visait également à exprimer un point de vue moral, énoncé dans le préambule, selon lequel une personne ne devrait pas pouvoir échapper à toute responsabilité pour certains crimes violents en raison de son intoxication extrême volontaire. En Chambre, le ministre a indiqué clairement, alors qu’il parlait de son approche fondée sur le principe de responsabilisation, qu’« [o]n ne peut pas permettre à des gens de prétexter l’ivresse ou d’autres formes d’intoxication pour échapper à la responsabilité de leur conduite criminelle » (Hansard, 27 mars 1995, p. 11038). L’objectif qu’avait le Parlement en adoptant l’art. 33.1 renvoie à la notion de responsabilité personnelle et à sa pertinence pour la possibilité d’invoquer la défense d’automatisme dans le cas de la violence perpétrée en état d’intoxication.

[124] L’objectif sur la base duquel le Parlement voulait agir se distingue de l’objectif de protection de la disposition législative. En fait, il repose sur l’idée philosophique qu’un individu ne devrait pas être en mesure de créer les conditions de sa propre défense au criminel pour se soustraire à la responsabilité du crime commis (voir S. Dimock, « Actio Libera in Causa » (2013), 7 *Crim. Law and Philos.* 549, p. 511 (qui donne l’exemple du contrevenant qui s’est volontairement intoxiqué); voir aussi Plaxton et Mathen, p. 257). Comme l’a écrit le professeur Parent,

section 33.1 is to *render accountable* those intoxicated individuals who interfere with the bodily integrity of another person” based on what he describes as the “*active participation* of the individual in creating the incapacity relied upon and the risk that materialized” (pp. 176 and 184 (emphasis in original)). This is the essence of the accountability objective: an individual is responsible for their involuntary state because that person’s choice to ingest intoxicants and become extremely intoxicated ultimately creates a risk of violence. The physically involuntary conduct did not arise by accident or through some external force, but by choice and, as such, Parliament saw this as conduct for which the offender must answer. The connection observed in the Parliamentary record between violence and intoxication would be attenuated, on this moral view, if people took responsibility for the choice they made to consume intoxicants and the risks that are created by that choice. Because of the danger they create through the voluntary character of their extreme intoxication, people who cause harm to others in that state are, to recall Sopinka J.’s phrase in *Daviault*, “far from blameless”. In answer to the public response to *Daviault*, s. 33.1 has the distinct public purpose of holding the voluntarily extremely intoxicated responsible for the danger they brought about.

[125] Perhaps the plainest demonstration that Parliament’s objective cannot be limited to the protective goal is found in the explanation, by the Minister, as to why the stand-alone offence was rejected as not meeting his goals. He accepted the view that the option of a new stand-alone offence of criminal intoxication would be inadequate. While it offers protection against extremely intoxicated violence, it fails to meet Parliament’s accountability objective in that the offender would not be held to answer for creating the risk of more serious underlying violent crime, with its more meaningful stigma and punishment. Even if found guilty of the new offence, the offender would not answer, by reason of their self-induced extreme intoxication, for the full extent of the harm in law, and would benefit from what the Minister described as a “drunkenness discount” (Standing Committee

en plus de protéger le public, « l’article 33.1 vise à *responsabiliser* les personnes intoxiquées qui portent atteinte à l’intégrité physique d’autrui » compte tenu de ce qu’il décrit comme la « *participation active* de l’individu dans la création de l’incapacité qu’il invoque et du risque qui s’est concrétisé » (p. 176 et 184 (en italique dans l’original)). L’essence de l’objectif de responsabilisation se situe là : un individu est responsable de son absence de volonté parce que son choix d’ingérer des substances intoxicantes et de devenir extrêmement intoxiqué finit par créer un risque de violence. La conduite physiquement involontaire ne découle pas d’un accident ou d’une quelconque force externe, mais d’un choix et, en conséquence, le Parlement a jugé que le contrevenant doit répondre de cette conduite. Le lien constaté dans l’historique parlementaire entre la violence et l’intoxication serait atténué, selon ce point de vue moral, si les gens assumaient la responsabilité du choix qu’ils ont fait de consommer des substances intoxicantes et les risques que pose ce choix. Vu le danger qu’ils créent de par le caractère volontaire de leur intoxication extrême, les gens qui causent du tort à autrui dans cet état sont « loin d’être sans reproche », pour rappeler l’expression utilisée par le juge Sopinka, dans ses motifs dissidents dans *Daviault*. En réponse à la réaction du public face à l’arrêt *Daviault*, l’art. 33.1 a pour objectif d’intérêt public distinct de tenir responsables du danger qu’elles ont créé les personnes qui s’intoxiquent volontairement à l’extrême.

[125] La démonstration peut-être la plus claire que l’objectif du Parlement ne peut être limitée à l’objet de protection réside dans l’explication qu’a donnée le ministre au sujet de la raison pour laquelle la création d’une infraction autonome a été rejetée au motif qu’elle ne permettait pas la réalisation des objectifs qu’il visait. Il a accepté l’avis qu’une nouvelle infraction autonome d’intoxication criminelle aurait représenté une solution inadéquate. Bien qu’elle eût offert une protection contre la violence perpétrée en état d’intoxication extrême, elle ne permettrait pas de réaliser l’objectif de responsabilisation visé par le Parlement en ce que le contrevenant n’aurait pas à répondre du fait d’avoir créé le risque de commettre un crime violent visé plus grave, susceptible d’entraîner une peine et un opprobre plus significatifs. Même s’il était reconnu coupable de la nouvelle infraction,

on Justice and Legal Affairs, April 6, 1995, at p. 6). He observed that “[t]he government believes that a person who becomes voluntarily intoxicated to the point of losing conscious control or awareness . . . should be held criminally accountable for that offence [i.e., the underlying assault] and for nothing less”, said the Minister in the House (Hansard, March 27, 1995, at pp. 11037-38).

[126] This distinct and particularized accountability goal can serve as an objective for the purpose of the *Oakes* test in the unusual circumstances of this case. Here, the objective concerns the choice to create a risk, and this choice is not the conduct Parliament aims to criminalize. In other words, the objective is separate from the gravamen of the offence (i.e., the assault), which ensures that the ends and the means remain distinct. Stated in this manner, accountability in this context is pressing and substantial and fits appropriately within the *Oakes* analysis. This is not just a preference for other values over rights that have been constitutionally entrenched; right or wrong, it is a policy choice, by Parliament, that accountability for creating a risk of violence and bodily harm by way of extreme voluntary intoxication takes precedence in a free and democratic society (see Coughlan, at p. 2). It is not circular to frame the accountability objective in this way; the finding that a right has been violated, as I have found here with respect to ss. 7 and 11(d), is a preliminary conclusion. An “infringement” in this context is a limit that is not justified (*K.R.J.*, at paras. 91-92 and 115-16). The infringement question is only answered once the *prima facie* breaches have been considered in light of the broader public interest considerations mandated by *Oakes*.

[127] To be clear, this conclusion rests on the specific concerns Parliament had when enacting s. 33.1. This case engages unusual issues and should not be seen as allowing governments to justify attempts to expand

en raison de son intoxication extrême volontaire, le contrevenant ne répondrait pas de toute l’étendue du préjudice en droit, et il bénéficierait de ce que le ministre a appelé un « tarif réduit pour ivresse » (« *drunkenness discount* » en anglais) (Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, 6 avril 1995, p. 6). Le ministre a affirmé en Chambre que « [l]e gouvernement croit que l’individu qui devient volontairement intoxiqué au point de perdre le contrôle ou la conscience de ses actes [. . .] doit [. . .] être tenu criminellement responsable [c.-à-d. des voies de fait reprochées], et de rien de moins » (Hansard, 27 mars 1995, p. 11037).

[126] Cet objectif distinct et détaillé de responsabilisation peut servir d’objet pour les besoins de l’analyse prescrite par l’arrêt *Oakes* dans les circonstances inusitées de la présente affaire. En l’espèce, l’objet concerne le choix de créer un risque, et ce choix n’est pas la conduite que le Parlement cherche à criminaliser. Autrement dit, l’objet se distingue de l’essence de l’infraction (c.-à-d. les voies de fait), ce qui fait en sorte que la fin et les moyens demeurent distincts. Formulée ainsi, la responsabilisation dans ce contexte est urgente et réelle, et elle cadre bien dans l’analyse prescrite par *Oakes*. Il ne s’agit pas seulement d’une préférence envers d’autres valeurs aux dépens de droits constitutionnalisés; qu’il ait raison ou tort, le Parlement a fait le choix de politique générale que la responsabilité d’avoir créé un risque de violence et de lésions corporelles par le biais de l’intoxication volontaire extrême prime dans une société libre et démocratique (voir Coughlan, p. 2). Cette formulation de l’objectif de responsabilisation n’est pas circulaire; la conclusion selon laquelle un droit a été violé, conclusion à laquelle je suis arrivé en l’espèce à l’égard de l’art. 7 et de l’al. 11d), est de nature préliminaire. L’« atteinte » dans ce contexte est une restriction qui n’est pas justifiée (*K.R.J.*, par. 91-92 et 115-116). On ne peut répondre à la question de l’atteinte qu’une fois que les violations *prima facie* ont été examinées eu égard aux considérations d’intérêt public générales prescrites par l’arrêt *Oakes*.

[127] En clair, cette conclusion repose sur les préoccupations particulières qu’avait le Parlement lors de l’adoption de l’art. 33.1. L’affaire qui nous occupe soulève des enjeux inhabituels, et on ne devrait pas

criminal liability as a routine matter. The accountability objective must, as here, be defined with precision, distinct from the means and, importantly, be sufficiently compelling from a societal perspective to warrant the overriding of rights.

(2) Proportionality

(a) *Rational Connection*

[128] At this stage, the Crown must show, first, that s. 33.1 is rationally connected to holding individuals accountable, in as full a manner as possible, for the choice to become extremely intoxicated and the violence committed while in that state and, second, that it is rationally connected to protecting vulnerable groups from extremely intoxicated violence. There must be “a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic” (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153).

[129] Mr. Brown focussed his criticism on the connection between s. 33.1 and the protection of vulnerable groups, as did Mr. Chan and Mr. Sullivan. In Mr. Brown’s submission, the protective purpose relies on an unrealizable deterrent effect of s. 33.1 for its value. Since a person cannot necessarily foresee the possibility that they will find themselves in a state of automatism or that they will commit an act of violence while in that state, s. 33.1 can have no meaningful deterrent effect. In short, deterrence has no effect on the automaton.

[130] I agree with the Court of Appeal in this case that the deterrent and denunciating effects of s. 33.1 provide a rational connection to Parliament’s protective objective.

[131] I recognize Paciocco J.A.’s criticism that s. 33.1 fails to offer meaningful deterrence in support of Parliament’s protective purpose. In *Sullivan*, he wrote that “[e]ffective deterrence requires foresight . . . of the penal consequence” (para. 121). “I am not

considérer qu’elle permet aux gouvernements de justifier des tentatives d’élargir couramment la responsabilité criminelle. L’objectif de responsabilisation doit, comme en l’espèce, être défini avec précision, se distinguer des moyens et, surtout, être suffisamment impérieux d’un point de vue social pour justifier la violation de droits.

(2) La proportionnalité

a) *Lien rationnel*

[128] À ce stade, la Couronne doit démontrer, premièrement, qu’il existe un lien rationnel entre l’art. 33.1 et le fait de tenir des individus responsables, de la manière la plus complète possible, du choix de s’intoxiquer à l’extrême et de la violence perpétrée alors qu’ils se trouvaient dans cet état, puis, deuxièmement, qu’il existe un lien rationnel entre cette disposition et le fait de protéger les groupes vulnérables de la violence perpétrée dans un état d’intoxication extrême. Il doit y avoir « un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l’avantage recherché » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153).

[129] À l’instar de MM. Chan et Sullivan, M. Brown fait porter principalement ses critiques sur le lien entre l’art. 33.1 et la protection des groupes vulnérables. Selon M. Brown, l’intérêt de l’objectif de protection tient à l’effet dissuasif de l’art. 33.1, effet qui n’est pas réalisable. Puisqu’une personne ne peut pas nécessairement prévoir la possibilité de se retrouver dans un état d’automatisme ou de commettre un acte de violence alors qu’elle se trouve dans cet état, l’art. 33.1 ne peut avoir d’effet dissuasif significatif. Bref, la dissuasion ne peut avoir d’effet sur un automate.

[130] Je suis d’accord avec la Cour d’appel en l’espèce pour dire que les effets de dissuasion et de dénonciation de l’art. 33.1 établissent un lien rationnel avec l’objectif de protection visé par le Parlement.

[131] Je reconnais la critique du juge Paciocco selon laquelle l’art. 33.1 ne produit pas d’effet dissuasif significatif appuyant l’objectif de protection visé par le Parlement. Dans l’arrêt *Sullivan*, le juge Paciocco écrit que, [TRADUCTION] « [p]our être efficace, la

persuaded”, he continued, “that a reasonable person would anticipate the risk that, by becoming voluntarily intoxicated, they could lapse into a state of automatism and unwilfully commit a violent act” (*ibid.*).

[132] It is no doubt true that the deterrent effect of the provision would be more immediately felt if one could be sure that the accused understood the risk of violence associated with extreme self-induced intoxication and that this element is lacking in s. 33.1. However, in keeping with its moral view of fault expressed in the preamble, Parliament’s focus was on the choice to become extremely intoxicated. Section 33.1’s deterrent value should also be considered in relation to individuals at the time they make that choice. While it is true that s. 33.1 applies to an accused who could not have foreseen the risk of a loss of control or of bodily harm, it also extends to situations in which there was a foreseeable risk of a loss of control and harm. Thus, an individual who consumes an intoxicant with psychosis-inducing effects, including those who know they lost control of their conduct while in a drug-induced psychosis in the past, will be caught by s. 33.1. It is reasonable that Parliament would expect the provision to hold some modest deterrent effect for such individuals. This deterrent effect acts [TRANSLATION] “upstream”, as Professor Parent writes (p. 187), to dissuade those contemplating this kind of intoxication. As such, s. 33.1 is rationally connected to its protective purpose.

[133] Courts should exercise caution before concluding that a measure in like circumstances is ineffective simply because they could imagine a way in which it would be more effective. To my mind, the Crown has met the rational connection test for Parliament’s protective purpose.

[134] In addition, s. 33.1 is rationally connected to the objective of holding individuals accountable, in as full a manner as possible, for the choice to become

dissuasion exige que l’on puisse prévoir [. . .] des conséquences pénales » (par. 121). [TRADUCTION] « Je ne suis pas convaincu », poursuit-il, « qu’une personne raisonnable anticiperait le risque que, en s’intoxiquant volontairement, elle puisse se retrouver dans un état d’automatisme et commettre involontairement un acte violent » (*ibid.*).

[132] Il est sans doute vrai que l’effet dissuasif de la disposition serait plus immédiat si l’on pouvait avoir la certitude que les accusés sont conscients du risque de violence associé à l’intoxication volontaire extrême, et que cet élément ne figure pas à l’art. 33.1. Toutefois, conformément à sa vision morale de la faute exprimée dans le préambule, le Parlement a insisté sur le choix de s’intoxiquer à l’extrême. La valeur dissuasive de l’art. 33.1 devrait aussi être examinée en fonction de l’individu au moment où il fait ce choix. S’il est vrai que l’art. 33.1 s’applique à l’accusé qui ne pouvait pas prévoir le risque de perte de maîtrise ou de lésions corporelles, il s’applique également aux situations dans lesquelles il existe un risque prévisible de perte de maîtrise et de préjudice. Tomberaient ainsi sous le coup de l’art. 33.1 les individus qui consomment une substance intoxicante à effets psychogènes, y compris ceux qui savent qu’ils ont déjà, par le passé, perdu la maîtrise de leurs actes alors qu’ils se trouvaient dans un état de psychose provoqué par une drogue. Il est raisonnable que le Parlement s’attende à ce que cette disposition ait un modeste effet dissuasif sur ces individus. Cet effet dissuasif agit « en amont », comme l’a écrit le professeur Parent (p. 187), en dissuadant ceux qui envisagent de s’intoxiquer à un degré aussi extrême. En conséquence, il existe un lien rationnel entre l’art. 33.1 et son objectif de protection.

[133] Les tribunaux devraient faire preuve de prudence avant de conclure qu’une mesure donnée est inefficace dans des circonstances de ce genre simplement parce qu’ils pourraient imaginer d’autres moyens de la rendre plus efficace. À mon avis, la Couronne a satisfait au critère du lien rationnel avec l’objectif de protection visé par le Parlement.

[134] De plus, il existe un lien rationnel entre l’art. 33.1 et l’objectif consistant à tenir les individus responsables, de la manière la plus complète

extremely intoxicated and the violence committed while in that state. It is obvious that where a person is foreclosed from advancing a defence that could result in an acquittal, that person is held accountable for something they otherwise would not be.

(b) *Minimal Impairment*

[135] The state must show that the impugned provision impairs rights as little as reasonably possible in furtherance of the legislative objective (*RJR-MacDonald*, at para. 160; *Oakes*, at p. 139). The law should only fail minimal impairment when there are less harmful means of achieving the objectives “in a real and substantial manner” (*K.R.J.*, at para. 70; *Hutterian Brethren*, at para. 55). It is understood that the courts show some deference to legislatures at this stage of the analysis. The question is whether s. 33.1 falls within a range of reasonable alternatives open to Parliament to achieve its objectives; if it is within this range, it should not fail the minimal impairment test merely because, in the Court’s view, an alternative would have been better suited to the objective (see *RJR-MacDonald*, at para. 160). This is particularly so where the impugned measure seeks to strike a balance between competing and legitimate social values (*Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 439, per McLachlin C.J., concurring). This is the circumstance here: the debate surrounding the enactment of s. 33.1 and its application to Mr. Sullivan, Mr. Chan and Mr. Brown has brought to the fore the challenge Parliament faced in striking a balance between the rights of the accused and the stake society has in the equality and dignity interests of the victims of intoxicated violence.

[136] I have no hesitation imagining less impairing options. Many scholars have advanced options that would trench less on the rights of the accused (see, e.g., D. Stuart, “Parliament Should Declare a New

possible, de leur choix de devenir extrêmement intoxiqués et de la violence perpétrée alors qu’ils se trouvent dans cet état. Il est évident que, lorsqu’une personne ne peut faire valoir un moyen de défense qui pourrait entraîner son acquittement, elle doit répondre d’actes dont elle n’aurait autrement pas eu à répondre.

b) *Atteinte minimale*

[135] L’État doit démontrer que la disposition contestée porte atteinte à des droits aussi peu que cela est raisonnablement possible dans la poursuite de l’objectif législatif (*RJR-MacDonald*, par. 160; *Oakes*, p. 139). On ne devrait conclure qu’une disposition ne satisfait pas au critère de l’atteinte minimale que dans les cas où il existe un autre moyen moins attentatoire de réaliser l’objectif « de façon réelle et substantielle » (*K.R.J.*, par. 70; *Hutterian Brethren*, par. 55). Il est entendu que les tribunaux font preuve d’une certaine déférence à l’égard du législateur à cette étape de l’analyse. La question est de savoir si l’art. 33.1 se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables dont le Parlement disposait pour réaliser ses objectifs; s’il se situe à l’intérieur de cette gamme, on ne devrait pas conclure que ce choix ne satisfait pas au critère de l’atteinte minimale simplement parce que, de l’avis de la Cour, une autre solution aurait été mieux adaptée à l’objectif (voir *RJR-MacDonald*, par. 160). C’est le cas particulièrement lorsque la mesure contestée tente d’établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes, mais opposées (*Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 439, motifs concordants de la juge en chef McLachlin). C’est le cas en l’espèce : le débat entourant l’adoption de l’art. 33.1 et son application à MM. Sullivan, Chan et Brown a mis en lumière le défi auquel le Parlement était confronté lorsqu’il tentait de trouver un équilibre entre les droits de l’accusé et l’intérêt que la société porte à l’égalité et à la dignité des victimes d’actes de violence commis en état d’intoxication.

[136] Je peux aisément imaginer d’autres solutions moins attentatoires. De nombreux auteurs de doctrine ont proposé des solutions qui empiéteraient moins sur les droits de l’accusé (voir, p. ex., D. Stuart,

Responsibility for Drunkenness Based on Criminal Negligence” (1995), 33 C.R. (4th) 289; T. Quigley, “A Time for Parliament to Enact an Offence of Dangerous Incapacitation” (1995), 33 C.R. (4th) 283; M. Tremblay, “*Charte canadienne* et intoxication volontaire: l’article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange” (2020), 79 *R. du B.* 67, at p. 98; G. Ferguson, “The Intoxication Defence: Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation” (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111). Paciocco J.A. concluded that a stand-alone offence of criminal intoxication would achieve similar objectives as s. 33.1 and would arguably improve on the protective purpose by making deterrence more focused on the intoxication itself (paras. 132-34). It is certainly true, as the Minister said in Parliament, that the lesser stigma and lesser penalties associated with a new offence would punish intoxicated perpetrators less severely for their wrongs than would a conviction for the underlying offence. But it is an alternative to the consequence of allowing the extremely intoxicated offender to escape punishment altogether.

[137] Apart from the stand-alone offence, others have proposed alternative paths to liability for the underlying violent offence based on a criminal negligence standard more carefully crafted than that advanced by s. 33.1. One example is that proposed by the *voir dire* judge. He accepted Parliament’s goal of holding people accountable for a violent act when they have departed from a minimum standard of care by voluntarily consuming intoxicants (para. 79). However, he observed that this standard could be achieved in a less impairing way if s. 33.1 incorporated a true objective fault standard that clearly attaches to the act of self-induced intoxication, which would allow the trier of fact to consider whether a loss of control and bodily harm were both reasonably foreseeable at the time of intoxication (para. 80). He concluded that this would “truly be a link between the *mens rea* of becoming intoxicated and the *mens rea* for the underlying offence” (*ibid.*). This would align with the principle in *DeSousa* and *Creighton* that specific consequences need not always be foreseen

« Parliament Should Declare a New Responsibility for Drunkenness Based on Criminal Negligence » (1995), 33 C.R. (4th) 289; T. Quigley, « A Time for Parliament to Enact an Offence of Dangerous Incapacitation » (1995), 33 C.R. (4th) 283; M. Tremblay, « *Charte canadienne* et intoxication volontaire : l’article 33.1 du *Code criminel* et ses solutions de rechange » (2020), 79 *R. du B.* 67, p. 98; G. Ferguson, « The Intoxication Defence : Constitutionally Impaired and in Need of Rehabilitation » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 111). Le juge Paciocco a conclu qu’une infraction autonome d’intoxication criminelle permettrait d’atteindre des objectifs semblables à ceux de l’art. 33.1 et améliorerait sans doute l’objectif de protection en faisant en sorte que la dissuasion soit davantage axée sur l’intoxication elle-même (par. 132-134). Il est certes vrai, comme l’a déclaré le ministre devant le Parlement, qu’une nouvelle infraction moins stigmatisante et assortie de peines moins lourdes aurait pour effet de punir moins sévèrement les contrevenants pour les torts qu’ils ont commis en état d’intoxication que si ceux-ci étaient reconnus coupables de l’infraction visée au par. 33.1(3). Mais il s’agit d’une solution de rechange aux conséquences qu’entraîne le fait de permettre à un contrevenant extrêmement intoxiqué d’échapper à toute sanction.

[137] Outre la création d’une infraction autonome, certaines personnes ont proposé d’autres moyens de tenir les accusés responsables de l’infraction violente visée au par. 33.1(3) en appliquant une norme de négligence criminelle élaborée plus soigneusement que celle proposée à l’art. 33.1. Le juge qui a tenu le *voir-dire* en a donné un exemple. Il a accepté la légitimité de l’objectif du Parlement de tenir les individus responsables des actes violents qu’ils commettent lorsqu’ils s’écartent d’une norme de diligence minimale en consommant volontairement des substances intoxicantes (par. 79). Il a toutefois fait observer que cette norme pourrait être respectée par un moyen moins attentatoire si l’on prévoyait à l’art. 33.1 une véritable norme de faute objective clairement associée à l’action de s’intoxiquer volontairement, ce qui permettrait au juge des faits de déterminer si une perte de maîtrise et l’infliction de lésions corporelles étaient toutes deux raisonnablement prévisibles au moment de l’intoxication (par. 80). Il a conclu qu’on établirait ainsi [TRADUCTION] « un lien véritable

provided there is an objectively foreseeable risk of bodily harm.

[138] In terms of the minimal impairment analysis, the stand-alone offence fails to meet Parliament's full objective and thus was not a viable alternative. It would have labelled Mr. Brown's offence as one of negligent or dangerous intoxication, rather than stigmatize him for the aggravated assault. The stand-alone offence might also have led to lesser sentences, and, as noted above, the option was criticized as proposing a "drunkenness discount". Indeed, Parliament rejected the stand-alone offence because it would fail to recognize the true harm committed by an offender and would send the message that an offender should not be held accountable for the harm that is inherent in the underlying offence (see, e.g., Department of Justice, *Self-Induced Intoxication as Criminal Fault: Information Note* (1995), at p. 5). This would be a particular failure in respect of Parliament's goal to hold perpetrators to account in as full a manner as possible for the choice to become extremely intoxicated and the violence committed while in that state (see P. Healy, "Intoxication in the Codification of Canadian Criminal Law" (1994), 73 *Can. Bar Rev.* 515, at pp. 541-42; E. Sheehy, "The intoxication defense in Canada: why women should care" (1996), 23 *Contemp. Drug Probs.* 595, at p. 618). In the circumstances, it is difficult to conclude that the stand-alone offence would have achieved the objectives in a "real and substantial manner".

[139] The alternative proposed by the *voir dire* judge could however allow an accused to be convicted for the underlying violent act and not simply negligent or dangerous intoxication. Incorporating a true marked departure standard into s. 33.1 would allow it to achieve the minimum objective fault standard required by the Constitution (in the case of offences that are not

entre la *mens rea* de l'intoxication et la *mens rea* de l'infraction reprochée » (*ibid.*). On respecterait ainsi le principe énoncé dans les arrêts *DeSousa* et *Creighton* suivant lequel il n'est pas nécessaire d'avoir envisagé de conséquences précises dès lors qu'il existe un risque objectivement prévisible de causer des lésions corporelles.

[138] En ce qui concerne l'analyse de l'atteinte minimale, l'infraction autonome ne permet pas de réaliser pleinement l'objectif du Parlement et elle n'est donc pas une solution viable. En effet, l'infraction commise par M. Brown aurait été qualifiée d'intoxication négligente ou dangereuse, au lieu d'exposer ce dernier à l'opprobre d'une accusation de voies de fait graves. L'infraction autonome aurait également pu donner lieu à des peines moins sévères et, pour cette raison, on a reproché à cette solution de proposer un « tarif réduit pour ivresse ». En fait, le Parlement a écarté la solution consistant à établir une infraction autonome parce qu'elle ne reconnaîtrait pas le véritable tort commis par le contrevenant et laisserait entendre que ce dernier ne devrait pas être tenu responsable du préjudice inhérent à l'infraction visée au par. 33.1(3) (voir, p. ex., ministère de la Justice, *La responsabilité criminelle pour intoxication volontaire : note explicative* (1995), p. 5-6). Cela constituerait un échec particulier en ce qui concerne l'objectif du Parlement de tenir les agresseurs responsables de la manière la plus complète possible de leur choix de devenir extrêmement intoxiqués et de la violence perpétrée alors qu'ils se trouvent dans cet état (voir P. Healy, « Intoxication in the Codification of Canadian Criminal Law » (1994), 73 *R. du B. can.* 515, p. 541-542; E. Sheehy, « The intoxication defense in Canada : why women should care » (1996), 23 *Contemp. Drug Probs.* 595, p. 618). Dans ces circonstances, il est difficile de conclure que l'infraction autonome permettrait de réaliser de tels objectifs « d'une manière réelle et substantielle ».

[139] La solution de rechange proposée par le juge qui a tenu le *voir-dire* permettrait toutefois de déclarer l'accusé coupable de l'acte violent visé au par. 33.1(3) et non simplement d'intoxication négligente ou dangereuse. L'incorporation d'une véritable norme d'écart marqué à l'art. 33.1 ferait en sorte que cette disposition respecte la norme minimale de faute

constitutionally required to contain subjective fault, per *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633). Indeed, Khullar J.A. recognized that this alternative would be “less problematic”.

[140] I am aware that Parliament is entitled to deference in this analysis. Indeed, in crafting a new legislative response to the problem of intoxicated violence, it is up to Parliament to decide how to balance its objectives while also respecting *Charter* rights as much as possible (see, e.g., P. W. Hogg and A. A. Bushell, “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75; D. Baker and R. Knopff, “*Daviault* Dialogue: The Strange Journey of Canada’s Intoxication Defence” (2014), 19 *Rev. Const. Stud.* 35, at p. 41). Parliament may also wish to study and regulate according to the nature and properties of the intoxicant. The common effects of the intoxicant, its legality, and the circumstances in which it was obtained and consumed may be relevant to a marked departure standard.

[141] In light of these alternatives, in particular that proposed by the *voir dire* judge, which would have achieved Parliament’s accountability objective in a real and substantial manner, I conclude that s. 33.1 is not minimally impairing. Parliament’s objectives of protection and accountability would have been partially met by the stand-alone offence and even more completely met had Parliament properly followed through on its announced design for a law based on a constitutionally-compliant standard of criminal negligence. But I acknowledge that this is a close call and that experts who have studied the alternatives are not of a single view. Professor Parent has, for example, proposed no less than four variations on the criminal negligence theme, all designed to ensure that the objective fault required by a remodeled s. 33.1 would ensure that punishment for the general intent offence would only be imposed on those deserving the stigma of a criminal conviction (p. 191).

objective exigée par la Constitution (dans le cas des infractions dont la Constitution n’exige pas qu’elles comportent une faute subjective, selon l’arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633). D’ailleurs, la juge Khullar a reconnu que cette solution de rechange serait [TRADUCTION] « moins problématique ».

[140] Je suis conscient qu’il convient de faire preuve de déférence envers le Parlement dans cette analyse. De fait, pour ce qui est de l’élaboration d’une nouvelle réponse législative au problème de la violence perpétrée en état d’intoxication, c’est au Parlement qu’il incombe de décider de l’équilibre à trouver entre les objectifs qu’il vise tout en respectant dans toute la mesure du possible les droits garantis par la *Charte* (voir, p. ex., P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75; D. Baker et R. Knopff, « *Daviault* Dialogue : The Strange Journey of Canada’s Intoxication Defence » (2014), 19 *R. études const.* 35, p. 41). Le Parlement souhaite peut-être également étudier et encadrer cet enjeu selon la nature et les propriétés de la substance intoxicante. Les effets communs de la substance intoxicante, sa légalité et les circonstances dans lesquelles elle a été obtenue peuvent être des facteurs pertinents relativement à la norme de l’écart marqué.

[141] À la lumière de ces solutions de rechange, en particulier celle proposée par le juge qui a tenu le *voir-dire*, laquelle aurait permis de réaliser l’objectif de responsabilisation visé par le Parlement de manière réelle et substantielle, je conclus que l’art. 33.1 ne porte pas une atteinte minimale. Les objectifs de protection et de responsabilisation visés par le Parlement auraient été réalisés en partie par l’infraction autonome et réalisés de façon encore plus complète si le Parlement avait donné suite adéquatement à son projet de disposition fondé sur une norme de négligence criminelle conforme à la Constitution. Mais je reconnais qu’il s’agit d’une décision épineuse et que les experts qui ont étudié les solutions de rechange ne sont pas tous du même avis. Par exemple, le professeur Parent propose pas moins de quatre variantes du thème de la négligence criminelle, toutes conçues pour que la faute objective exigée par un art. 33.1 remodelé fasse en sorte que seules les personnes qui méritent l’opprobre d’une déclaration de culpabilité au criminel soient punies pour les infractions d’intention générale (p. 191).

[142] While I conclude that s. 33.1 is not minimally impairing of an accused's ss. 7 and 11(d) rights, I recognize that Parliament is entitled to a degree of deference in measuring the reasonable character of policy alternatives. But even if those who defend the law as minimally impairing were right, I am unequivocally of the view that s. 33.1 must fail on the last branch of the proportionality test which reveals the most profound failings of the provision. Mindful that the proportionality analysis is holistic and depends on a close connection between the final two stages of *Oakes* (*Hutterian Brethren*, at para. 191, per LeBel J.), I turn now to an explanation of why s. 33.1 must also fail on an assessment of the relative benefits and negative effects of the law under the *Oakes* test.

(c) *Proportionality Between Effects and Objectives*

[143] At the final stage under s. 1, the question is whether there is proportionality between the overall effects of the *Charter*-infringing measure and the legislative objectives (*Oakes*, at p. 139; *Hutterian Brethren*, at paras. 72-73). This invites the broadest assessment of the benefits of s. 33.1 to society, weighed against the cost of the limitations to ss. 7 and 11(d) of the *Charter* (see *K.R.J.*, at para. 77; *Bedford*, at para. 123; *Carter*, at para. 122). Balancing requires a court to “transcend the law’s purpose and engage in a robust examination of the law’s impact on Canada’s free and democratic society ‘in direct and explicit terms’” (*K.R.J.*, at para. 79).

[144] Mr. Brown says that the Court of Appeal erred in minimizing the deleterious effects of s. 33.1 in that the provision would allow for wrongful convictions based on involuntary acts and the absence of even reasonable foreseeability of the consequences of those acts. In response, the Crown asks this Court to accept the proportionality analysis of the Court of Appeal, in particular the analysis of Khullar J.A. It says that

[142] Si je conclus que l’art. 33.1 ne porte pas minimalement atteinte aux droits garantis à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d), je reconnais que le Parlement a droit à une certaine déférence dans l’appréciation du caractère raisonnable des solutions de rechange en matière de politiques. Toutefois, même si ceux et celles qui défendent la disposition au motif qu’elle équivaut à une atteinte minimale avaient raison, j’estime sans équivoque que l’art. 33.1 échoue au dernier volet du critère de la proportionnalité, qui révèle les failles les plus profondes de la disposition. Étant conscient que le critère de la proportionnalité est de nature holistique et repose sur un lien étroit entre les deux dernières étapes de l’analyse prescrite par l’arrêt *Oakes* (*Hutterian Brethren*, par. 191, le juge LeBel), j’aborde maintenant la question de savoir pourquoi l’art. 33.1 échoue aussi à l’étape de l’évaluation des avantages relatifs et des effets préjudiciables de la disposition en fonction de l’analyse prescrite dans *Oakes*.

c) *Proportionnalité entre les effets et les objectifs*

[143] À la dernière étape de l’analyse fondée sur l’article premier, la question consiste à se demander s’il y a proportionnalité entre les effets globaux de la mesure qui porte atteinte à la *Charte* et les objectifs législatifs (*Oakes*, p. 139; *Hutterian Brethren*, par. 72-73). Il faut pour ce faire procéder à l’évaluation la plus vaste possible des avantages de l’art. 33.1 pour la société, en les mettant en balance avec le prix à payer pour les restrictions apportées à l’art. 7 et à l’al. 11d) de la *Charte* (voir *K.R.J.*, par. 77; *Bedford*, par. 123; *Carter*, par. 122). Pour effectuer cette mise en balance, le tribunal doit « transcender l’objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l’incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique [TRADUCTION] “d’une manière directe et explicite” » (*K.R.J.*, par. 79).

[144] Monsieur Brown affirme que la Cour d’appel a commis une erreur en minimisant les effets préjudiciables de l’art. 33.1, en ce sens que cette disposition ouvrirait la porte à des déclarations de culpabilité injustifiées fondées sur des actes involontaires en l’absence d’une prévisibilité même raisonnable des conséquences de tels actes. En réponse, la Couronne demande à notre Cour d’accepter l’analyse de la

her emphasis on the gendered nature of intoxicated violence and Parliament's efforts to address that problem in s. 33.1 should be adopted, notwithstanding the abridgment of the ss. 7 and 11(d) *Charter* rights of the accused which the Crown argues Mr. Brown has overstated.

[145] In my view, Mr. Brown is right on this point. In the result, the meaningful benefits of s. 33.1 do not outweigh the costs, in particular to what the *voir dire* judge describes as the “sacrosanct principles” integral to our criminal justice system, including the presumption of innocence (para. 89).

(i) Salutary Effects

[146] By including general intent crimes of sexual and domestic violence within s. 33.1(3), the amendments to the *Criminal Code* do help to ensure the rights of women and children to equal protection and benefit of the law as guaranteed by the *Charter*, as promised in the preamble. The provision gives expression to the close and harmful association between extreme self-induced intoxication and violence. By removing the defence in s. 33.1(1), it ensures that the morally blameworthy conduct of self-induced extreme intoxication is not an excuse at law for that violence, which is a plain social good. Section 33.1 voices society's strong intolerance for such behaviour, and affirms society's commitment to the equality and security rights of victims vulnerable to intoxicated crime.

[147] The “recognition of the dignity and self-worth of women and children” was well described by Khullar J.A., who wrote that this “breathes some meaning” into equality rights in the *Charter*, and properly took notice of this as a beneficial effect

proportionnalité qu'a effectuée la Cour d'appel, en particulier l'analyse de la juge Khullar. Selon la Couronne, la Cour devrait faire sienne l'importance que la juge Khullar accorde à la nature genrée des actes de violence commis en état d'intoxication et aux mesures prises par le Parlement pour s'attaquer à ce problème à l'art. 33.1, malgré la restriction apportée aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, restriction dont, soutient la Couronne, M. Brown aurait exagéré l'ampleur.

[145] À mon avis, M. Brown a raison sur ce point. Au final, les avantages concrets de l'art. 33.1 ne l'emportent pas sur le coût à payer, en particulier en ce qui concerne ce que le juge qui a tenu le voir-dire a appelé les [TRADUCTION] « principes sacro-saints » qui font partie intégrante de notre système de justice criminelle, notamment la présomption d'innocence (par. 89).

(i) Effets bénéfiques

[146] En incluant des crimes d'intention générale de violence sexuelle et familiale au par. 33.1(3), les modifications apportées au *Code criminel* contribuent à assurer le droit des femmes et des enfants à la protection égale et au même bénéfice de la loi qui leur est garanti par la *Charte*, comme le promet le préambule. La disposition exprime le lien étroit et pernicieux qui existe entre l'intoxication volontaire extrême et la violence. En supprimant le moyen de défense au par. 33.1(1), elle fait en sorte que l'acte moralement répréhensible que constitue l'intoxication volontaire extrême ne peut pas être utilisé légalement pour justifier la violence, ce qui constitue de toute évidence une mesure qui favorise l'intérêt public. L'article 33.1 témoigne de la forte intolérance de la société à l'égard de tels comportements et confirme l'engagement de la société envers les droits à l'égalité et à la sécurité des personnes qui risquent d'être victimes de crimes commis par des individus en état d'intoxication.

[147] La juge Khullar a bien décrit la [TRADUCTION] « reconnaissance de la dignité et de la valeur intrinsèque des femmes et des enfants » lorsqu'elle a écrit que cette reconnaissance « donne un certain sens » aux droits à l'égalité consacrés dans la *Charte*, et elle

of s. 33.1 in the justification analysis (para. 202). Others have rightly observed that violence against vulnerable groups is “one way in which women are denied full participation in society, furthering women’s inequality” (Grant, “Second Chances: Bill C-72 and the *Charter*”, at p. 388). Section 33.1 responds meaningfully to that inequality by recognizing that women and children deserve the full protection of the law and by condemning intoxicated gendered and family violence. I would add that by considering equality as a broad social interest under s. 1 rather than under s. 7 as she did, Khullar J.A. did not devalue its importance as a justification for the *Charter* violation. Not only is s. 7 unsuited, in this case, to the balancing of competing rights, s. 1 is the proper locus for considering how much society, including the victims of crime, benefit from the impugned law (see *Bedford*, at para. 125; Coughlan, at p. 157). I agree too with Khullar J.A. that a benefit of s. 33.1 is that the accountability promised in the preamble advances dignity and equality interests that unpunished intoxicated violence threatens (paras. 202-4).

[148] Section 33.1 also provides societal benefit through its communicative and deterrent effects. Khullar J.A. recognized not only that s. 33.1 contributes to a social ethos of disapproval of extreme self-induced intoxication, she wrote that it “serves the important role of signalling to people that they must be aware and cautious that their alcohol and drug use may lead to consequences they do not intend and cannot control” (para. 206). Similarly, the interveners the Attorney General of Saskatchewan and LEAF argue that s. 33.1 denounces wrongful behaviour and, as a result, recognizes the dignity and equality interests of victims. Because s. 33.1 includes in its reach the irresponsible use and mixing of intoxicants that could lead to automatism and violence, the law discourages such behaviour and also raises awareness about the link between extreme intoxication and

l’a à bon droit reconnue en tant qu’effet bénéfique de l’art. 33.1 dans l’analyse de la justification (par. 202). D’autres ont à juste titre fait observer que la violence à l’égard des groupes vulnérables est [TRADUCTION] « l’un des facteurs qui a pour effet de priver les femmes de leur pleine participation dans la société, exacerbant ainsi leur situation d’inégalité » (Grant, « Second Chances : Bill C-72 and the *Charter* », p. 388). L’article 33.1 répond concrètement à cette inégalité en reconnaissant que les femmes et les enfants méritent la pleine protection de la loi, et en condamnant les actes de violence familiale et fondée sur le genre commis par des personnes en état d’intoxication. J’ajouterais qu’en considérant l’égalité comme un intérêt social général au sens de l’article premier plutôt qu’au sens de l’art. 7 comme elle l’a fait, la juge Khullar n’en a pas dévalorisé l’importance en tant que justification de la violation de la *Charte*. Non seulement l’art. 7 ne se prête-t-il pas à la mise en balance de droits concurrents, c’est à l’article premier qu’il faut recourir pour déterminer dans quelle mesure la société, notamment les victimes d’actes criminels, bénéficient de la disposition contestée (voir *Bedford*, par. 125; Coughlan, p. 157). Je suis également d’accord avec la juge Khullar pour dire qu’un des avantages de l’art. 33.1 est le fait que la responsabilisation promise dans le préambule contribue à promouvoir les droits à la dignité et à l’égalité compromis par les actes de violence commis en état d’intoxication (par. 202-204).

[148] L’article 33.1 est également bénéfique pour la société sur les plans de la communication et de la dissuasion. La juge Khullar a non seulement reconnu que l’art. 33.1 renforçait le consensus social qui réprovoque l’intoxication extrême volontaire, mais également qu’il [TRADUCTION] « joue un rôle important en indiquant aux gens qu’ils doivent être prudents et être conscients que leur consommation d’alcool et de drogues peut entraîner des conséquences qu’ils n’ont pas voulues et qu’ils ne peuvent pas contrôler » (par. 206). De même, les intervenants le procureur général de la Saskatchewan et le FAEJ soutiennent que l’art. 33.1 dénonce des comportements fautifs et que, ce faisant, il reconnaît les droits à la dignité et à l’égalité des victimes. Comme l’art. 33.1 englobe la consommation irresponsable et le mélange de substances intoxicantes susceptibles de mener à un état

violence. This benefit is not negated by the fact that some deterrence is already provided by the common law rule on intoxication or that the deterrent effect is mitigated by the fact that it needs to take hold before the offender loses control. And while I recognize that deterrence might also come if a stand-alone offence of dangerous intoxication was enacted, I nevertheless agree that these meaningful benefits are properly ascribed to s. 33.1.

[149] In addition, as the Attorney General of Manitoba submits, s. 33.1 contributes to public confidence in the criminal justice system. In *Creighton*, McLachlin J. observed that it would “offend common notions of justice to acquit a person who has killed another of manslaughter and find him guilty instead of aggravated assault on the ground that death, as opposed to harm, was not foreseeable” (p. 54). Similarly, it was reasonable for Parliament to conclude, as suggested in the record, that it offended the public’s common notions of justice that, to take the example of *Daviault*, a highly intoxicated accused who intentionally ingested half-a-dozen beers and a bottle of brandy might completely escape liability for sexually assaulting an elderly, disabled woman. That said, given that s. 33.1 infringes the *Charter* as it does, it is best not to overstate the confidence to the public that its protective and accountability purposes might foster. It is too easy to lose sight of the fact that, as Wallace J. wrote in *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), “society’s interests must also include a system of law, governed by the principles of fundamental justice” (para. 32). Principles of fundamental justice are recognized as such because they form basic tenets of the legal system in which there is some “general acceptance among reasonable people” that the principle is vital or fundamental to societal notions of justice (*Malmo-Levine*, at para. 112 (emphasis deleted); *Motor Vehicle Reference*, at p. 503; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 590-91 and 607). In denying the presumption of innocence, s. 33.1 unwittingly serves to compromise the full

d’automatisme et à des actes violents, il décourage de tels comportements et sensibilise également les citoyens quant au lien qui existe entre l’intoxication extrême et la violence. Cet avantage n’est pas neutralisé par le fait que la règle de common law visant l’intoxication a déjà un certain effet dissuasif ou que l’effet dissuasif est atténué par le fait qu’il doit opérer avant que le contrevenant ne perde la maîtrise de ses actes. Et bien que je reconnaisse que l’on pourrait également assurer la dissuasion en adoptant une infraction autonome d’intoxication dangereuse, je conviens néanmoins que l’on peut à juste titre attribuer ces avantages importants à l’art. 33.1.

[149] De plus, comme le fait valoir le procureur général du Manitoba, l’art. 33.1 contribue à donner confiance au public dans le système de justice criminelle. Dans l’arrêt *Creighton*, la juge McLachlin a fait observer qu’il « serait contraire aux notions courantes de justice de déclarer non coupable d’homicide involontaire coupable une personne qui a ôté la vie à autrui et de la reconnaître coupable plutôt de voies de fait graves au motif que la mort, à la différence du préjudice corporel, n’était pas prévisible » (p. 54). Dans la même veine, c’est de façon raisonnable que le Parlement a conclu, comme le suggère le dossier, que le sens de la justice de la collectivité est choqué devant la possibilité, pour prendre l’exemple de l’affaire *Daviault*, qu’un accusé fortement intoxiqué ayant délibérément ingurgité une demi-douzaine de bières et une bouteille de brandy puisse échapper à toute responsabilité après avoir agressé sexuellement une femme âgée et handicapée. Cela dit, puisque l’art. 33.1 porte ainsi atteinte à la *Charte*, il est préférable de ne pas surestimer la confiance que le public pourrait avoir quant à la réalisation de ses objectifs de protection et de responsabilisation. Il est trop facile de perdre de vue le fait que, comme a écrit la juge Wallace dans l’affaire *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (C.J. Ont. (Div. gén.)), [TRADUCTION] « l’existence d’un système de droit régi par les principes de justice fondamentale fait également partie des intérêts de la société » (par. 32). Les principes de justice fondamentale sont reconnus comme tels parce qu’ils constituent des préceptes fondamentaux d’un système juridique dans lequel on constate l’existence d’une certaine « [acceptation générale]

promise of the confidence that Parliament designed it to promote.

[150] There is a manifest benefit to be connected with the accountability purpose of Parliament described above which, in my respectful view, the majority of the Court of Appeal in *Sullivan* should have considered as part of the full measure of the beneficial effects of s. 33.1 (see, on this point, Coughlan, at p. 158). Section 33.1 targets the offender's choice to create a risk of harm by becoming extremely intoxicated. One of the benefits of s. 33.1 is that it fosters personal responsibility in respect of voluntary intoxication that Parliament saw as one of the root sources of violent crime. To ignore that policy is to diminish one of the benefits of the impugned law which — however imperfectly — sought to impose that ethic of personal responsibility as a key to breaking the connection between intoxication and violence. I note that Lauwers J.A. did take this dimension of s. 33.1 into consideration in his justification analysis and the majority considered the matter in the alternative and that neither felt this factor, on its own, tipped the scales in the ultimate balancing under *Oakes*.

[151] At the end of the day, Parliament's own accountability objective was undone by the very means it chose to pursue it. In holding the extreme self-intoxicated offender to account, s. 33.1 does not require objective foreseeability of the risk of falling into a state of automatism, much less the risk of consequential harm. Parliament's goal may have been to impose personal responsibility for the creation of the risk of harm, but in the absence of a requirement of reasonable foreseeability, that goal is frustrated. The Minister said in the House — his point was echoed by

parmi des personnes raisonnables » que ces principes sont essentiels ou fondamentaux dans la notion de justice au sein de la société (*Malmo-Levine*, par. 112 (soulignement omis); *Renvoi sur la MVA*, p. 503; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591 et 607). En écartant la présomption d'innocence, l'art. 33.1 a involontairement pour effet de compromettre en partie la promesse de confiance que le Parlement cherchait à promouvoir.

[150] Les juges majoritaires de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sullivan* auraient dû tenir compte d'un avantage évident qu'il convient de rattacher à l'objectif de responsabilisation visé par le Parlement qui a été décrit précédemment pour apprécier toute l'étendue des effets bénéfiques de l'art. 33.1 (voir, sur ce point, Coughlan, p. 158). L'article 33.1 vise le choix du contrevenant de créer un risque de préjudice en devenant extrêmement intoxiqué. L'un des avantages de l'art. 33.1 est qu'il encourage la responsabilité personnelle à l'égard de l'intoxication volontaire, ce que le Parlement voyait comme une des racines des crimes violents. Fermer les yeux sur cette politique revient à sous-estimer l'un des avantages de la disposition contestée qui — quoique de manière imparfaite — visait à imposer cette valeur de responsabilité personnelle comme moyen de rompre le lien entre l'intoxication et la violence. Je note que le juge Lauwers a tenu compte de cette facette de l'art. 33.1 dans son analyse de la justification, que les juges de la majorité ont examiné la question de façon subsidiaire, et que ni le juge Lauwers, ni la majorité n'ont estimé que, à lui seul, ce facteur faisait pencher la balance dans la pondération ultime selon l'arrêt *Oakes*.

[151] En fin de compte, l'objectif de responsabilisation visé par le Parlement a été sapé par les moyens mêmes qu'il a choisis pour le réaliser. En engageant la responsabilité du contrevenant qui s'intoxique à l'extrême, l'art. 33.1 n'exige pas la prévisibilité objective du risque de sombrer dans un état d'automatisme, encore moins le risque de préjudice qui s'ensuit. Le Parlement avait peut-être pour objectif d'imposer une responsabilité personnelle pour la création du risque de préjudice, mais, faute d'une condition de prévisibilité raisonnable,

the Crown in this appeal and the *Sullivan and Chan* appeals — that s. 33.1 “provides for the link between the fault in self-induced intoxication and the harm or fault in the criminal conduct which forms the basis of the charge” (Hansard, March 27, 1995, at p. 11038). With great respect, that link is not found in s. 33.1, suggesting strongly that Parliament failed to satisfy its own announced purpose.

(ii) Deleterious Effects

[152] The fundamental flaw of s. 33.1 is the risk of wrongful convictions it presents. By denying even a small fraction of accused persons the ability to raise a reasonable doubt as to the voluntariness or *mens rea* elements of the offence charged, s. 33.1 permits an individual to be convicted, and subject to the stigma, liberty restrictions and other consequences of a criminal conviction, for involuntary conduct. Section 33.1 runs counter to the fundamental organizing principles that are necessary to allow individuals to face the power of the state in the criminal justice system fairly, in particular the all-important presumption of innocence. It enables conviction for conduct that an accused person was not aware of and could not control and therefore cannot be a “guilty act” as defined by the underlying offences. This result follows even where individuals ingest alcohol or drugs in common-place situations where there is no subjective or objective foresight of automatism or violence.

[153] I agree with the courts below that the deleterious effects of s. 33.1 are serious and troubling. As Vertes J. put it in *R. v. Brenton* (1999), 180 D.L.R. (4th) 314 (N.W.T.S.C.), in denying the defence of automatism, s. 33.1 “casts aside the fundamental principle of voluntariness as well as the presumption of innocence, values that are enshrined in the Charter and at the very core of our criminal law system as

cet objectif est contrecarré. Le ministre a affirmé en Chambre — propos repris par la Couronne dans le présent pourvoi et les pourvois *Sullivan et Chan* — que l’art. 33.1 « établit ce lien entre l’intoxication volontaire et le comportement criminel qui donne lieu à la mise en accusation » (Hansard, 27 mars 1995, p. 11038-11039). En toute déférence, ce lien ne se trouve pas à l’art. 33.1, ce qui donne fortement à penser que le Parlement n’est pas parvenu à réaliser son propre objectif déclaré.

(ii) Effets préjudiciables

[152] La lacune fondamentale de l’art. 33.1 réside dans le fait qu’il risque de donner lieu à des déclarations de culpabilité injustifiées. En refusant ne serait-ce qu’à une petite fraction des accusés la possibilité de soulever un doute raisonnable quant aux éléments constitutifs de l’infraction reprochée que sont la volonté et la *mens rea*, l’art. 33.1 permet de déclarer une personne coupable, de l’exposer à l’opprobre, de restreindre ses libertés, sans parler des autres conséquences d’une déclaration de culpabilité au criminel, et ce, pour des gestes involontaires. L’article 33.1 va à l’encontre des principes directeurs fondamentaux — en particulier la très importante présomption d’innocence — qui sont nécessaires pour permettre aux individus d’affronter de façon équitable le pouvoir de l’État au sein du système de justice criminelle. Il permet de reconnaître coupable un accusé pour un acte dont il n’était pas conscient et qu’il ne pouvait pas maîtriser, et qui ne peut donc pas répondre à la définition d’« acte coupable » au sens de l’infraction visée au par. 33.1(3). On arrive à ce résultat même lorsque l’individu consomme de l’alcool ou des drogues dans des situations courantes où l’on ne peut prévoir subjectivement ou objectivement un risque d’automatisme ou de violence.

[153] Je conviens avec les juridictions inférieures que les effets préjudiciables de l’art. 33.1 sont sérieux et troublants. Pour citer les propos tenus par le juge Vertes dans l’affaire *R. c. Brenton* (1999), 180 D.L.R. (4th) 314 (C.S.T.-N.-O.), en écartant le moyen de défense d’automatisme, l’art. 33.1 [TRADUCTION] « écarte le principe fondamental de la volonté ainsi que la présomption d’innocence, qui constituent

developed over many centuries” (para. 122). In *Dunn*, Wallace J. concluded that there are few infringements that could be more serious because “[w]hen an accused can be convicted without proof that he intended his actions or without proof that his actions were voluntary, then absolute liability has become a component of Canadian criminal justice, the presumption of innocence is eroded and principles of fundamental justice are seriously compromised” (para. 54). In *Sullivan*, Paciocco J.A. wrote compellingly that “the deleterious effects of s. 33.1 include the contravention of virtually all the criminal law principles that the law relies upon to protect the morally innocent, including the venerable presumption of innocence” (para. 153), and Lauwers J.A. said that fundamental rights of the accused under ss. 7 and 11(d) are “severely limited” (para. 287). In this case, Khullar J.A. acknowledged that the negative effects on the rights of the accused are “serious and troubling” (para. 201). This is particularly true when one recalls that Parliament failed to respect its own promise, made in the preamble to Bill C-72, to provide “full protection” to the ss. 7 and 11 rights of the accused.

[154] It is not unfair to say that the narrow compass of s. 33.1 limits these negative effects. Section 33.1 only applies, as we have seen, to the violent offences of general intent named in s. 33.1(3). It is also not unfair to say that the burden of showing automatism presents a high hurdle for the accused and that the law only applies to certain intoxicants that have the properties that can bring about a state akin to automatism. While these considerations may limit the number of offenders who face these negative consequences, it is best to recognize that the narrow compass argument is two-edged. If it is indeed true that s. 33.1 does not apply to alcohol alone, for example — a point I need not decide here — then some of the benefits ascribed to the law by the Crown were already assured by the aspects of the *Leary* rule that denied the defence of

des valeurs consacrées par la Charte et qui sont au cœur même de notre système de droit pénal, tel qu’il s’est développé au fil des siècles » (par. 122). Dans l’affaire *Dunn*, la juge Wallace a estimé qu’il existe peu de violations aussi graves, car [TRADUCTION] « lorsqu’on peut déclarer un accusé coupable sans qu’il soit prouvé qu’il avait l’intention de commettre les actes qui lui sont reprochés ou que ceux-ci étaient volontaires, on fait de la responsabilité absolue une des caractéristiques de la justice pénale canadienne, on affaiblit la présomption d’innocence et l’on compromet sérieusement les principes de justice fondamentale » (par. 54). Dans l’arrêt *Sullivan*, le juge Paciocco explique de façon convaincante que [TRADUCTION] « parmi les effets préjudiciables de l’art. 33.1, il faut mentionner la violation de pratiquement tous les principes du droit pénal sur lesquels le droit s’appuie pour protéger les personnes moralement innocentes, y compris la sacro-sainte présomption d’innocence » (par. 153). Le juge Lauwers a dit que les droits fondamentaux garantis à l’accusé par l’art. 7 et l’al. 11d) sont [TRADUCTION] « sévèrement restreints » (par. 287). En l’espèce, la juge Khullar a reconnu que les effets négatifs sur les droits de l’accusé sont [TRADUCTION] « sérieux et troublants » (par. 201). Cela est particulièrement vrai lorsqu’on se rappelle que le Parlement n’a pas respecté sa propre promesse, faite dans le préambule du projet de loi C-72, de protéger pleinement les droits garantis aux accusés par les art. 7 et 11.

[154] Il n’est pas injustifié de dire que le champ d’application étroit de l’art. 33.1 limite ces effets négatifs. L’article 33.1 ne s’applique, comme nous l’avons vu, qu’aux infractions violentes d’intention générale visées au par. 33.1(3). Il n’est pas non plus injustifié d’affirmer que le fardeau de démontrer l’automatisme représente un obstacle de taille pour l’accusé et que la disposition s’applique uniquement à certaines substances intoxicantes aux propriétés susceptibles de provoquer un état voisin de l’automatisme. Bien que les considérations susmentionnées puissent limiter le nombre de contrevenants qui s’exposent à ces conséquences fâcheuses, il vaut mieux reconnaître que l’argument fondé sur l’étroitesse du champ d’application est à double tranchant. S’il est effectivement vrai que l’art. 33.1 ne s’applique pas à

most forms of intoxication for crimes of general intent that *Daviault* left intact.

[155] But even if its compass is narrow and its application rare, s. 33.1 limits not just one but three fundamental rights of the accused. It enables conviction where the accused acted involuntarily, where the accused did not possess the minimum level of fault required, and where the Crown has not proven beyond a reasonable doubt the essential elements of the offence for which an accused is charged. These limitations operate to put in place a regime of absolute liability that undermines many of the core beliefs used to structure our system of criminal law. It is difficult to imagine more serious limitations than the denial of voluntariness, *mens rea*, and the presumption of innocence all in one. An accused may be morally blameworthy in some measure for voluntarily consuming intoxicants but that blame is not the measure of guilt at law for the underlying offences set out in s. 33.1(3). With great respect, I cannot agree with Slatter J.A., who said in the balancing of salutary and deleterious effects, that “[n]o one who is truly morally innocent is impacted [by s. 33.1]” (para. 81).

[156] I acknowledge that some, pointing in particular to Sopinka J.’s dissent in *Daviault*, have argued that s. 33.1 does not create a true offence of absolute liability since extreme voluntary intoxication can bring with it a degree of fault. Contrary to the person who falls into a state of involuntariness by reason of an uncontrollable epileptic fit, for example, the voluntarily extremely intoxicated offender is [TRANSLATION] “directly responsible for their lack of voluntariness” (Parent, at p. 197). But as I have endeavoured to show, it is not enough that s. 33.1 captures only the blameworthiness associated with extreme self-intoxication when s. 33.1 fails to consider whether the offender

l’alcool seul, par exemple — un point que je n’ai pas à trancher en l’espèce — alors certains des avantages attribués à la disposition par la Couronne étaient déjà assurés par les aspects de la règle établie dans l’arrêt *Leary* qui empêchaient d’invoquer comme moyen de défense la plupart des formes d’intoxication dans le cas des crimes d’intention générale, et qui avaient été maintenus par l’arrêt *Daviault*.

[155] Cependant, malgré l’étroitesse de son champ d’application et son application rare, l’art. 33.1 restreint non pas un, mais trois droits fondamentaux de l’accusé. Il permet de déclarer coupable l’accusé dans les cas où ce dernier a agi de façon involontaire ou ne possédait pas le degré minimal de faute requis, ainsi que dans les cas où la Couronne n’a pas prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels de l’infraction reprochée à l’accusé. Ces limites ont pour effet d’instaurer un régime de responsabilité absolue qui mine bon nombre des convictions fondamentales qui ont servi à structurer notre système de droit pénal. On a du mal à imaginer une série de limites plus graves que la négation de la volonté, de la *mens rea* et de la présomption d’innocence d’un seul coup. Un accusé peut être moralement blâmable dans une certaine mesure pour avoir consommé volontairement des substances intoxicantes, mais, en droit, ce blâme ne saurait servir de critère de culpabilité à l’égard des infractions visées au par. 33.1(3). En toute déférence, je ne peux me rallier à l’opinion exprimée par le juge Slatter, dans le cadre de la mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables, suivant laquelle [TRADUCTION] « [n]ulle personne véritablement innocente sur le plan moral n’est affectée [par l’article 33.1] » (par. 81).

[156] Je reconnais que certains, soulignant en particulier l’avis dissident du juge Sopinka dans l’arrêt *Daviault*, ont fait valoir que l’art. 33.1 ne crée pas une véritable infraction de responsabilité absolue, car l’intoxication extrême volontaire comporte une faute. Contrairement à la personne qui perd la maîtrise de ses actes par suite d’une crise d’épilepsie incontrôlable, par exemple, le contrevenant extrêmement intoxiqué est « directement responsable de son absence de volonté » (Parent, p. 197). Mais comme je me suis employé à le démontrer, il ne suffit pas que l’art. 33.1 englobe seulement la culpabilité associée à l’intoxication extrême volontaire lorsque l’art. 33.1 ne tient

knew or ought to have known that there was a risk they would lose control of their actions and thereby risk causing harm to others. Because s. 33.1 does not build in a criterion of objective foreseeability, it is impossible to say who, among those who voluntarily ingest intoxicants, has the degree of blameworthiness that would justify the stigma and punishment associated with the underlying offence with which they are charged.

[157] Where the intoxicant is licit, or where no reasonable person would anticipate the risk of automatism, whatever blameworthiness that comes from voluntary intoxication is relatively low and likely disproportionate to the punishment the individual would face if convicted for an offence committed in a state akin to automatism (see *Creighton*, at pp. 48-49, citing *Martineau*, at p. 647). While Mr. Brown ingested an illicit drug, the trial judge found, based on expert evidence, that his reaction to the drug was not reasonably foreseeable. Even if the ingestion of magic mushrooms is not morally innocent in the broadest sense, to convict Mr. Brown for aggravated assault in light of the voluntariness and minimal *mens rea* requirements fixed by the *Charter* would, in my view, account to a wrongful conviction for the offence as charged.

[158] One is hard pressed to disagree with the trial judge in *R. v. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376, who observed that “Parliament is entitled to express the view that extreme self-intoxication is morally blameworthy behaviour” (para. 152). But I respectfully disagree with him where he wrote “the morally innocent will not be punished” (para. 156). Mr. Brown may not have been blameless in deciding to consume the magic mushrooms, but he is not guilty of the crime with which he was charged according to the requirements of the *Charter*.

[159] The *voir dire* judge in Mr. Brown’s case was right to speak of the principles breached by s. 33.1

pas compte de la question de savoir si le contrevenant savait ou aurait dû savoir qu’il risquait de perdre la maîtrise de ses actes et, par le fait même, de causer du tort à autrui. Puisque l’art. 33.1 n’intègre pas un critère de prévisibilité objective, il est impossible de dire qui sont les personnes, parmi celles qui ingèrent volontairement des substances intoxicantes, qui sont suffisamment blâmables pour justifier l’opprobre et la peine associés à l’infraction visée au par. 33.1(3) dont elles sont accusées.

[157] Lorsque la substance intoxicante est licite, ou qu’aucune personne raisonnable n’anticiperait le risque d’automatisme, la culpabilité découlant d’une intoxication volontaire est relativement faible et vraisemblablement disproportionnée par rapport à la peine dont serait passible l’individu s’il était reconnu coupable d’une infraction commise alors qu’il se trouvait dans un état voisin de l’automatisme (voir *Creighton*, p. 48-49, citant *Martineau*, p. 647). Bien que M. Brown ait ingéré une drogue illicite, la juge du procès a conclu, sur le fondement de la preuve d’expert, que sa réaction à la drogue n’était pas raisonnablement prévisible. Même si l’ingestion de champignons magiques n’est pas moralement innocente au sens le plus large de cette expression, déclarer M. Brown coupable de voies de fait graves à la lumière des conditions relatives à la volonté et à la *mens rea* minimale établies par la *Charte* constituerait, selon moi, une déclaration de culpabilité injustifiée pour l’infraction reprochée.

[158] Il est difficile d’être en désaccord avec le juge du procès dans l’affaire *R. c. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376, qui a fait remarquer que [TRADUCTION] « le Parlement peut se dire d’avis que l’intoxication extrême volontaire est un comportement moralement répréhensible » (par. 152). Je ne suis toutefois pas d’accord avec lui quand il écrit que [TRADUCTION] « la personne moralement innocente ne sera pas punie » (par. 156). Monsieur Brown n’avait peut-être pas un comportement irréprochable en décidant de consommer les champignons magiques, mais il n’est pas coupable suivant les exigences de la *Charte* du crime dont il a été inculpé.

[159] Le juge qui a tenu le voir-dire dans le cas de M. Brown avait raison de qualifier de « sacro-saints »

as “sacrosanct”. In the *Motor Vehicle Reference*, Lamer J., as he then was, wrote that the principle that the innocent must not be punished “has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law” (p. 513).

[160] The idea that a conviction in the absence of the required proof of blameworthiness threatens a system of criminal justice founded on the dignity and worth of the human person has been a recurring theme in our jurisprudence (see, e.g., *Oakes*, at p. 136; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, at p. 1175; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at p. 918). Where a person is punished who did not know or could not know they are committing an offence, wrote Wilson J. in *Hess*, that state action inflicts a grave injury on that person’s dignity and self-worth. Two comments, however, help explain the full message of this idea. First, the measure of moral innocence extends not just to the requirement of proof of subjective fault but, as Wilson J. suggests, it leaves room for offences where blameworthiness is measured on a modified objective basis, anticipating developments in the law coming later in cases such as *Creighton*. Section 33.1 does not do even this and, in my view, the possibility of a fairly crafted rule on criminal liability for harm caused by self-induced intoxication remains open to Parliament. Second, and importantly, the recognition of the “dignity and self-worth” of the accused does not come at the expense of the dignity and self-worth of the victims of crime, a value alluded to in the preamble of Bill C-72. Nor is the victim’s dignity interest consigned to a second-order status if, in the balancing mandated by s. 1, s. 33.1 is struck down because of its overarching deleterious effects of state action.

[161] The *voir dire* judge rightly recognized that these principles exist to ensure that the morally innocent are not convicted (para. 89). Section 33.1 creates the risk that a person will be convicted of

les principes qui sont violés par l’art. 33.1. Dans le *Renvoi sur la MVA*, le juge Lamer (plus tard juge en chef) a écrit que le principe selon lequel un innocent ne doit pas être puni « est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d’un système d’administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit » (p. 513).

[160] L’idée suivant laquelle une déclaration de culpabilité prononcée en l’absence de la preuve requise de culpabilité morale menace un système de justice criminelle fondé sur la dignité et la valeur de la personne humaine est un thème récurrent de notre jurisprudence (voir, p. ex., *Oakes*, p. 136; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, p. 1175; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, p. 918). Lorsqu’on punit une personne qui ne savait pas ou ne pouvait pas savoir qu’elle commettait une infraction, a écrit la juge Wilson dans l’arrêt *Hess*, l’État inflige ainsi une grave atteinte à sa dignité et à sa valeur personnelle. Deux commentaires, cependant, expliquent en partie tout le message derrière cette idée. Tout d’abord, le degré d’innocence sur le plan moral vaut non seulement pour l’obligation de prouver une faute subjective, mais aussi, comme le suggère la juge Wilson, pour les infractions pour lesquelles on détermine la culpabilité selon un critère objectif modifié, ce qui présage les développements ultérieurs du droit dans des affaires comme l’arrêt *Creighton*. On ne trouve rien de tel à l’art. 33.1 et, à mon avis, il est toujours loisible au Parlement d’élaborer une règle soigneusement conçue en matière de responsabilité pénale pour sanctionner les torts causés par une intoxication volontaire. Ensuite, et surtout, la reconnaissance de la « dignité et [de la] valeur personnelle » de l’accusé ne se fait pas au détriment de la dignité et de la valeur personnelle des victimes d’actes criminels, valeur à laquelle fait allusion le préambule du projet de loi C-72. Le droit de la victime à la dignité n’est pas non plus relégué au second plan si, dans la mise en balance exigée par l’article premier, l’art. 33.1 est invalidé en raison de ses effets préjudiciables primordiaux de l’action étatique.

[161] Le juge qui a tenu le voir-dire a reconnu à juste titre que ces principes ont pour raison d’être de s’assurer que les personnes moralement innocentes ne soient pas déclarées coupables (par. 89). L’article

the underlying offence on the basis of proof of the blameworthiness associated with extreme intoxication, without regard to the objective foreseeability of harm. It holds a person to answer for their involuntary conduct. It does so without due regard to the presumption of innocence which protects against arbitrary exercise of power by the state. Potentially, s. 33.1 could apply to anyone who voluntarily consumes an intoxicant, even if they do so with restraint or for medical reasons where the reasonable person would not have foreseen even trivial or transitory physical harm. This is an extremely serious deleterious effect.

[162] An additional deleterious effect is that s. 33.1 disproportionately punishes for unintentional harm, contrary to the principle that punishment be proportionate to the gravity of the offence. Section 33.1 requires the offender to face full responsibility of the underlying crime even though the *actus reus* and *mens rea* of the violent offence are not met. They are exposed, at sentence, to the full brunt of punishment for that offence, subject to the sentencing judge's exercise of discretion, according to law. This must be the focus of the deleterious effects analysis since, under s. 33.1(3), it is the violent offence for which the accused is convicted and punished. It bears repeating: the gravamen of Mr. Brown's charged offence is not extreme intoxication, it is the violent assault that he is said to have committed while he did not have the capacity for voluntary action.

[163] In saying this, I have not lost sight of the often-cited public outcry that followed *Daviault* which the Minister of Justice of the day said was one of the driving forces behind the enactment of s. 33.1. But public outcries do not in themselves justify unconstitutional laws. And to my mind, that response was focused on the ultimate effect of allowing the defence of automatism to act as a source of *impunity* for the violent intoxicated offender by allowing them, in

33.1 crée le risque de déclarer une personne coupable de l'infraction visée au par. 33.1(3) sur la base d'une preuve de la culpabilité associée à l'intoxication extrême, sans égard à la prévisibilité objective du préjudice. Il oblige l'individu à répondre de ses actes involontaires, et ce, sans tenir dûment compte de la présomption d'innocence qui protège l'accusé contre l'exercice arbitraire des pouvoirs de l'État. L'article 33.1 pourrait potentiellement s'appliquer à toute personne qui consomme volontairement une substance intoxicante, même si elle le fait avec modération ou pour des raisons médicales alors que la personne raisonnable n'aurait pas prévu des lésions corporelles, même des lésions sans importance ou de nature passagère. Il s'agit là d'un effet préjudiciable extrêmement grave.

[162] Un autre effet préjudiciable de l'art. 33.1 est qu'il punit de façon disproportionnée ceux qui causent involontairement un préjudice, contrairement au principe selon lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction. L'article 33.1 oblige le contrevenant à assumer l'entière responsabilité du crime visé au par. 33.1(3) même si les exigences de l'*actus reus* et de la *mens rea* de l'infraction violente ne sont pas respectées. Lors de la détermination de la peine, un contrevenant risque de subir toute la rigueur de la peine dont cette infraction le rend passible, sous réserve de l'exercice par le juge qui détermine la peine de son pouvoir discrétionnaire, conformément à la loi. L'analyse des effets préjudiciables doit être axée sur ces facteurs puisque, aux termes du par. 33.1(3), c'est l'infraction violente pour laquelle l'accusé est déclaré coupable et puni. Il vaut la peine de le répéter : l'essence de l'infraction reprochée à M. Brown n'est pas son intoxication extrême, mais l'agression violente qu'il aurait commise alors qu'il n'avait pas la capacité d'agir volontairement.

[163] Cela dit, je ne perds pas de vue le tollé général, maintes fois souligné, qu'a provoqué l'arrêt *Daviault* et qui, selon le ministre de la Justice de l'époque, est l'un des facteurs ayant motivé l'adoption de l'art. 33.1. Mais l'indignation publique ne justifie pas en soi des lois inconstitutionnelles. Et, à mon sens, cette intervention du législateur visait d'abord et avant tout à apporter une réponse au fait que la défense d'automatisme accordait l'*impunité* aux accusés ayant commis des

the words of the Minister of Justice in Parliament in 1995, “to escape the consequences [of the] law” (Hansard, March 27, 1995, at p. 11038). But if s. 33.1 were properly tailored to the blameworthiness of the accused — if it, for example, punished dangerous intoxication or criminally negligent intoxication leading to objectively foreseeable loss of control and non-trivial, non-transitory bodily harm — the accused would not escape the consequences of the law and the accountability and protective goals of Parliament would have been met. This Court’s task is not to solve the problem for Parliament of the right balance between competing interests. But it is fair to surmise that there are socially and constitutionally acceptable alternatives to the complete immunity that achieve the legitimate objectives of the law more fairly than in s. 33.1.

(iii) Weighing the Salutory and Deleterious Effects

[164] As this Court held in *Bedford*, at the final stage of the s. 1 analysis, the negative impact of the law is weighed against the beneficial impact of the law in terms of achieving its goal for the greater public good. The impacts are weighed both qualitatively and quantitatively. As with the previous stages of the justification analysis, the state continues to bear the burden of showing that the breaches are justified having regard to Parliament’s goals. The Crown is well placed to call the social science and expert evidence required to justify the law’s impact in societal terms (*Bedford*, at para. 126). At the end of the day, the courts determine whether the *Charter* infringements resulting from state action are too high a price to pay for the benefit of the law.

[165] In my respectful view, the Crown has not discharged its burden of showing that the benefits suggested by the evidence are fairly realized by s. 33.1. The Crown warns of widespread sexual and intimate

actes de violence alors qu’ils étaient intoxiqués en leur permettant, selon les mots employés par le ministre de la Justice devant le Parlement en 1995, « [d’]échapper aux conséquences prévues par la loi » (Hansard, 27 mars 1995, p. 11038). Mais si l’art. 33.1 était convenablement adapté à la culpabilité de l’accusé — s’il punissait, par exemple, l’intoxication dangereuse ou l’intoxication par négligence criminelle entraînant, de manière objectivement prévisible, une perte de maîtrise ou des lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère —, l’accusé n’échapperait pas aux conséquences de la loi, et les objectifs de responsabilisation et de protection visés par le Parlement seraient réalisés. Il n’appartient pas à notre Cour de résoudre à la place du Parlement le problème du juste équilibre à trouver entre les droits concurrents en présence. Il est toutefois juste de postuler qu’il existe des solutions de rechange socialement et constitutionnellement acceptables à l’immunité totale qui permettent de réaliser les objectifs légitimes de la loi d’une façon plus équitable que ne le prévoit l’art. 33.1.

(iii) Mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables

[164] Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Bedford*, à l’étape finale de l’analyse fondée sur l’article premier, le tribunal soupèse l’effet préjudiciable de la disposition et son effet bénéfique en fonction de la réalisation de l’objectif de la loi dans l’intérêt public supérieur. L’effet est apprécié sur les plans qualitatif et quantitatif. Comme pour les étapes précédentes de l’analyse de la justification, il incombe toujours à l’État de démontrer que les violations sont justifiées eu égard aux objectifs du Parlement. La Couronne est bien placée pour présenter une preuve relevant des sciences humaines ainsi que le témoignage d’experts qui justifient les répercussions de la disposition sur l’ensemble de la société (*Bedford*, par. 126). En fin de compte, le tribunal détermine si les violations de la *Charte* résultant de l’intervention de l’État constituent un prix trop élevé à payer par rapport aux avantages que comporte la loi.

[165] À mon humble avis, la Couronne ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que l’art. 33.1 procure de manière équitable les avantages suggérés par la preuve. La Couronne signale

partner violence, with the implication that such gendered violence will go undeterred in the absence of s. 33.1. I accept that such violence exists in the severe magnitude described by the Crown. But even the current common law precludes an accused from relying on voluntary intoxication as a complete answer to crime in a broad sweep of instances of intoxicated violence. It is not the case that in the absence of what amounts to a rule of absolute liability in s. 33.1 such violence will go unpunished or undeterred. Rather, in relation to the evidence presented by the Crown, in the absence of s. 33.1, the benefits tied to accountability and protection will continue to be met, to a not unmeaningful extent, through the application of common law rules which prevent the defence of intoxication including to general intent crimes of violence. This would be truer still if a more fairly crafted rule than s. 33.1 was enacted by Parliament.

[166] The limits imposed on the most fundamental *Charter* rights in our system of criminal justice outweigh societal benefits that are already in part realized, and which Parliament can advance through other means. The weight to be accorded to the principles of fundamental justice and the presumption of innocence cannot be ignored here. In *Oakes*, Dickson C.J. explained that different rights and freedoms carry different weight: “Some limits on rights and freedoms protected by the *Charter* will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and democratic society” (pp. 139-40). Some rights, such as the protections in ss. 7 and 11(d), will not be easily outweighed by collective interests under s. 1. That is the case here, as s. 33.1 trenches on fundamental principles at the very core of our criminal law system, including the presumption of innocence upon which the fairness of the system itself depends. Section 33.1 creates a liability regime that disregards principles meant to protect the innocent, and communicates the message that securing a conviction is more important than respecting basic principles of justice. Balancing the salutary and deleterious effects of the law, I

qu’il y a de nombreux cas de violence sexuelle et de violence entre partenaires intimes, laissant entendre que l’on ne dissuadera pas les auteurs de ces actes de violence fondée sur le genre si l’on supprime l’art. 33.1. Je reconnais l’ampleur de ce phénomène que décrit la Couronne. Mais même la common law empêche pour le moment l’accusé d’invoquer son intoxication volontaire comme défense complète dans un large éventail d’actes de violence commis en état d’intoxication. Il est faux de dire que, sans une disposition qui équivaut à une règle de responsabilité absolue à l’art. 33.1, ce type de violence se poursuivra en toute impunité ou sans dissuasion. Au contraire, selon la preuve présentée par la Couronne, sans l’art. 33.1, les avantages liés à la responsabilisation et à la protection seront protégés, dans une mesure non négligeable, par l’application des règles de common law qui empêchent la défense d’intoxication, y compris dans le cas des crimes de violence d’intention générale. Cela serait encore plus vrai si le Parlement adoptait une règle plus équitable que l’art. 33.1.

[166] Les limites imposées aux droits les plus fondamentaux de la *Charte* dans notre système de justice criminelle l’emportent sur les avantages pour la société qui sont déjà en partie réalisés et que le Parlement peut promouvoir par d’autres moyens. On ne saurait ignorer ici l’importance qu’il convient d’attribuer aux principes de justice fondamentale et à la présomption d’innocence. Dans l’arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson a expliqué que les droits et libertés n’ont pas tous la même importance : « La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la *Charte* variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l’objet d’une atteinte, de l’ampleur de l’atteinte et du degré d’incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique » (p. 139-140). Certains droits, comme les protections offertes par l’art. 7 et l’al. 11d), ne seront pas aisément supplantés par les intérêts de la collectivité visés par l’article premier. C’est le cas en l’espèce, puisque l’art. 33.1 porte atteinte à des principes fondamentaux qui sont au cœur même de notre système de droit pénal, notamment la présomption d’innocence dont dépend l’équité du système lui-même. L’article 33.1 crée un régime de responsabilité qui ne tient pas compte des principes destinés à protéger les innocents, et il

respectfully conclude that the impact on the principles of fundamental justice is disproportionate to its overarching public benefits. For these reasons, the limits s. 33.1 places on ss. 7 and 11(d) of the *Charter* cannot be justified in a free and democratic society.

VI. Conclusion

[167] I would answer the constitutional questions as follows: s. 33.1 of the *Criminal Code* infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and the infringements are not justified under s. 1 of the *Charter*. I would allow Mr. Brown's appeal. Section 33.1 should be declared unconstitutional and of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge concluded in this case, based on the evidence brought before her by the defence, that Mr. Brown was in a state of extreme intoxication akin to automatism. That finding was not challenged on appeal. His acquittal on the count of break and enter and committing aggravated assault was wrongly set aside because the Court of Appeal erred in deciding that s. 33.1 is constitutional. As a result, I would restore Mr. Brown's acquittal.

[168] The judgment of the Court of Appeal should be set aside. The acquittal entered by Hollins J. on the count of unlawful break and enter of a dwelling house and committing aggravated assault therein should be restored; the acquittal for unlawful break and enter of a dwelling house and committing mischief to property over \$5,000 should be left undisturbed.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Evans & Fagan, Calgary; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

envoie le message qu'il est plus important d'obtenir une déclaration de culpabilité que de respecter ces principes de base de la justice. En mettant en balance les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la disposition en question, je conclus, en toute déférence, que l'impact de cette disposition sur les principes de justice fondamentale est disproportionné par rapport à ses grands avantages d'intérêt public. Pour ces motifs, les limites que l'art. 33.1 impose à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* ne peuvent se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

VI. Dispositif

[167] Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles : l'art. 33.1 du *Code criminel* contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, et les contraventions ne sont pas justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi formé par M. Brown. L'article 33.1 doit être déclaré inconstitutionnel et inopérant par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La juge du procès a conclu en l'espèce, sur la foi de la preuve présentée devant elle par la défense, que M. Brown était dans un état d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme. Cette conclusion n'a pas été contestée en appel. Son acquittement relatif au chef d'accusation d'entrée par effraction et de voies de fait graves a été annulé à tort parce que la Cour d'appel a fait erreur en jugeant l'art. 33.1 constitutionnel. Je rétablirais donc l'acquittement de M. Brown.

[168] Le jugement de la Cour d'appel doit être annulé. L'acquittement prononcé par la juge Hollins relativement au chef d'accusation d'entrée par effraction dans une maison d'habitation et d'y avoir commis des voies de fait graves doit être rétabli; l'acquittement relatif à l'accusation d'entrée par effraction dans une maison d'habitation et d'avoir commis un méfait à l'égard d'un bien de plus 5 000 \$ ne doit pas être modifié.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Evans & Fagan, Calgary; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Solicitor for the respondent: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

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

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 Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Empowerment Council: Martell Defence, Toronto; Anita Szigeti Advocates, Toronto; McKay Ferg, Calgary.

Procureurs de l'intervenant Empowerment Council : Martell Defence, Toronto; Anita Szigeti Advocates, Toronto; McKay Ferg, Calgary.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Rosen & Company Barristers, Toronto; Neubauer Law, Oshawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Rosen & Company Barristers, Toronto; Neubauer Law, Oshawa.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: WeirFoulds, Toronto; Megan Stephens Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes : WeirFoulds, Toronto; Megan Stephens Law, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

David Sullivan *Respondent*

- and -

Her Majesty The Queen

Appellant / Respondent on application for leave to cross-appeal

v.

Thomas Chan *Respondent / Applicant on application for leave to cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, British Columbia Civil Liberties Association, Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil Liberties Association, Women's Legal Education and Action Fund Inc. and Advocates for the Rule of Law
Interveners

INDEXED AS: R. v. SULLIVAN

2022 SCC 19

File No.: 39270.

2021: October 12; 2022: May 13.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

David Sullivan *Intimé*

- et -

Sa Majesté la Reine

Appelante / Intimée à la demande d'autorisation d'appel incident

c.

Thomas Chan *Intimé / Demandeur à la demande d'autorisation d'appel incident*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, British Columbia Civil Liberties Association, Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des libertés civiles, Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes et Advocates for the Rule of Law
Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. SULLIVAN

2022 CSC 19

N° du greffe : 39270.

2021 : 12 octobre; 2022 : 13 mai.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Reasonable limits — Section 33.1 of Criminal Code preventing accused from raising common law defence of self-induced intoxication akin to automatism — Whether s. 33.1 violates principles of fundamental justice or presumption of innocence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 33.1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Limites raisonnables — Article 33.1 du Code criminel empêchant l'accusé d'invoquer la défense en common law d'intoxication volontaire s'apparentant à l'automatisme — L'article 33.1 viole-t-il les principes de justice fondamentale ou la présomption d'innocence? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 et 11d) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 33.1.

Constitutional law — Remedy — Declaration of invalidity — Whether declaration of unconstitutionality issued by superior court pursuant to s. 52(1) of Constitution Act, 1982, can be considered binding on courts of coordinate jurisdiction.

Droit constitutionnel — Réparation — Déclaration d'invalidité — Peut-on considérer qu'une déclaration prononcée par une cour supérieure en application du par. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 lie les tribunaux de juridiction équivalente?

Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Accused convicted of indictable offence at trial — Court of Appeal setting aside conviction and ordering new trial — Crown bringing appeal to Supreme Court of Canada — Accused applying for leave to cross-appeal order of new trial and requesting stay — Whether Court has jurisdiction to hear accused's appeal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691.

Droit criminel — Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — Compétence — Accusé déclaré coupable d'un acte criminel au procès — Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité et ordonnant un nouveau procès — Appel interjeté par la Couronne à la Cour suprême du Canada — Demande de l'accusé visant à obtenir l'autorisation d'interjeter un appel incident à l'égard de la décision ordonnant la tenue d'un nouveau procès et sollicitant un arrêt des procédures — La Cour a-t-elle compétence pour instruire l'appel de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 691.

After having voluntarily taken an overdose of a prescription drug and falling into an impaired state, S attacked his mother with a knife and injured her gravely. He was charged with several offences, including aggravated assault and assault with a weapon. In unrelated circumstances, C fell into an impaired state after he voluntarily ingested magic mushrooms containing a drug called psilocybin. He attacked his father with a knife and killed him, and seriously injured his father's partner. C was tried for manslaughter and aggravated assault. Both S and C argued at their respective trials that their state of intoxication was so extreme that their actions were involuntary and could not be the basis of a guilty verdict for the violent offences of general intent brought against them. C also argued that an underlying brain injury was the significant contributing cause of his psychosis,

Après avoir volontairement consommé une surdose de médicaments sur ordonnance et avoir sombré dans un état de conscience diminuée, S a attaqué sa mère avec un couteau et l'a gravement blessée. Il a été accusé de plusieurs infractions, notamment de voies de fait graves et d'agression armée. Dans des circonstances non liées, C a aussi sombré dans un état de conscience diminuée après avoir volontairement ingéré des champignons magiques contenant une drogue appelée psilocybine. Il a attaqué son père avec un couteau et l'a tué, en plus de blesser gravement la conjointe de son père. C a subi un procès relativement à des accusations d'homicide involontaire coupable et de voies de fait graves. S et C ont tous les deux soutenu lors de leur procès respectif que leur état d'intoxication était si extrême que leurs actions étaient involontaires et ne pouvaient justifier un verdict de culpabilité pour les accusations d'infractions

rather than his intoxication alone, such that he was not criminally responsible.

In the case of S, the trial judge accepted that S was acting involuntarily but decided that the defence of extreme intoxication akin to automatism was not available by virtue of s. 33.1 of the *Criminal Code*. S was convicted of the two assault charges. The trial judge in C's case dismissed C's constitutional challenge to s. 33.1, during which C had argued that previous decisions of the same court that declared s. 33.1 unconstitutional were binding on the trial judge. C's brain trauma was held to be a mental disorder but not the cause of C's incapacity, which was the result of the voluntary ingestion of magic mushrooms. C was convicted of manslaughter and aggravated assault.

The Court of Appeal heard appeals by S and C together and held that s. 33.1 violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is not saved by s. 1. S and C were therefore entitled to raise the defence of automatism. The Court of Appeal also addressed the issue of whether the trial judge in C's case was bound by precedent of a court of coordinate jurisdiction in the province to accept the unconstitutionality of s. 33.1. It held that the ordinary rules of *stare decisis* apply when superior courts in first instance consider whether to follow previous declarations of unconstitutionality. The trial judge was correct to decide that he was not bound by previous decisions and entitled to consider the issue afresh. In the result, S's convictions were set aside and acquittals entered. The Court of Appeal ordered a new trial for C because no finding of fact had been made in respect of non-mental disorder automatism. The Crown appeals to the Court from the Court of Appeal's decision in respect of both S and C, and C applies for leave to cross-appeal the order of a new trial, seeking an acquittal or, in the alternative, a stay of proceedings.

Held: The appeals should be dismissed. C's application for leave to cross-appeal should be quashed for want of jurisdiction.

In the companion appeal of *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, [2022] 1 S.C.R. 374, the Court concludes that s. 33.1 violates the *Charter* and is of no force or effect pursuant

violentes d'intention générale portées contre eux. C a aussi fait valoir qu'une lésion cérébrale sous-jacente, plutôt que sa seule intoxication, était la cause ayant contribué de façon appréciable à sa psychose, de sorte qu'il n'était pas criminellement responsable.

Dans le cas de S, le juge du procès a déterminé que S avait agi de façon involontaire, mais a décidé que celui-ci ne pouvait se prévaloir de la défense d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme en raison de l'art. 33.1 du *Code criminel*. S a été déclaré coupable des deux accusations de voies de fait. Dans le cas de C, le juge du procès a rejeté la contestation constitutionnelle de l'art. 33.1 présentée par ce dernier. Dans le cadre de cette contestation, C avait soutenu que le juge du procès était lié par les décisions antérieures de la même cour qui déclaraient l'art. 33.1 inconstitutionnel. Le juge a conclu que la lésion cérébrale de C constituait un trouble mental, mais n'était pas la cause de son incapacité, qui était plutôt due à l'ingestion volontaire de champignons magiques. C a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et de voies de fait graves.

La Cour d'appel a instruit les pourvois de S et C ensemble et a conclu que l'art. 33.1 viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et n'est pas sauvegardé par l'article premier. S et C pouvaient donc tous les deux invoquer la défense de l'automatisme. La Cour d'appel a aussi abordé la question de savoir si le juge du procès, dans le cas de C, était lié par un précédent d'un tribunal de juridiction équivalente dans la province et était tenu d'accepter l'inconstitutionnalité de l'art. 33.1. Elle a conclu que les règles ordinaires du *stare decisis* s'appliquent lorsque les cours supérieures de première instance se demandent s'il y a lieu de suivre les déclarations antérieures d'inconstitutionnalité. Le juge du procès a eu raison de décider qu'il n'était pas lié par les décisions antérieures et qu'il pouvait examiner la question de nouveau. Par conséquent, les déclarations de culpabilité de S ont été annulées et des acquittements ont été prononcés. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès pour C parce qu'aucune conclusion de fait n'avait été tirée concernant l'automatisme sans troubles mentaux. La Couronne interjette appel à la Cour des décisions de la Cour d'appel à la fois pour S et pour C, et C demande l'autorisation de former un pourvoi incident à l'égard de l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès, cherchant à obtenir un acquittement ou, subsidiairement, un arrêt des procédures.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés. La demande d'autorisation d'appel incident présentée par C est cassée pour défaut de compétence.

Dans le pourvoi connexe *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, [2022] 1 R.C.S. 374, la Cour conclut que l'art. 33.1 viole la *Charte* et est inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi*

to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. That conclusion is applicable to the Crown's appeals in the present cases. In the result, given that s. 33.1 is of no force or effect, S is entitled to acquittals. He established that he was intoxicated to the point of automatism and the trial judge found that he was acting involuntarily. As for C, the Court of Appeal's order for a new trial should be upheld. C may avail himself of the defence of non-mental disorder automatism at a new trial, should it be applicable on the facts.

The ordinary rules of horizontal *stare decisis* and judicial comity apply to declarations of unconstitutionality issued by superior courts within the same province. A decision may not be binding if it is distinguishable on its facts or the court had no practical way of knowing it existed. If it is binding, a trial court may only depart if one or more of the exceptions set out in *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.), apply.

Accordingly, a trial judge is not strictly bound by a prior declaration by a court of coordinate jurisdiction by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. A s. 52(1) declaration of unconstitutionality reflects an ordinary judicial task of determining a question of law. Determining whether an impugned law is inconsistent with the provisions of the Constitution and, if so, whether and to what extent the law is of no force or effect is no different than other questions of law decided outside the constitutional context. Judges cannot in a literal sense strike down legislation when they review the consistency of the law with the Constitution under s. 52(1). A declaration of unconstitutionality simply refutes the presumption of constitutionality; it does not alter the terms of the statute. Questions of law are governed by the normal rules and conventions that constrain courts in the performance of their judicial tasks, including applying the ordinary principles of *stare decisis*. A judicial declaration made under s. 52(1) by a superior court is therefore binding on other courts within the confines of the law relating to precedent.

The principle of constitutional supremacy cannot dominate the analysis of s. 52(1) to the exclusion of other constitutional principles. The legal effect of a s. 52(1) declaration by a superior court must be defined with reference to constitutional supremacy, the rule of law, and federalism. Pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, superior

constitutionnelle de 1982. Cette conclusion est applicable aux pourvois interjetés par la Couronne dans les présentes affaires. Puisque l'art. 33.1 est inopérant, S a droit à des acquittements. Il a établi au procès qu'il était dans un état d'intoxication s'apparentant à l'automatisme et le juge du procès a conclu qu'il agissait de façon involontaire. Pour ce qui est de C, l'ordonnance de la Cour d'appel visant la tenue d'un nouveau procès doit être confirmée. C peut invoquer la défense d'automatisme sans troubles mentaux lors d'un nouveau procès, si elle est applicable compte tenu des faits.

Les règles ordinaires du *stare decisis* horizontal et de la courtoisie judiciaire s'appliquent aux déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par les cours supérieures dans une même province. Une décision peut ne pas être contraignante s'il est possible de la distinguer au vu des faits en cause ou si le tribunal n'avait aucun moyen pratique de savoir qu'elle existait. Si la décision fait autorité, une cour de première instance ne peut s'en écarter que si l'une ou plusieurs des exceptions établies dans la décision *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590 (C.S. C.-B.) s'appliquent.

En conséquence, le juge qui préside un procès n'est pas strictement lié par une déclaration antérieure d'un tribunal de juridiction équivalente en raison du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une déclaration d'inconstitutionnalité fondée sur le par. 52(1) est le résultat d'une tâche judiciaire ordinaire consistant à trancher une question de droit. Déterminer si une disposition contestée est incompatible avec la Constitution et, dans l'affirmative, identifier la portée de cette incompatibilité afin de décider si la disposition législative est inopérante et dans quelle mesure est l'est, n'est pas une question différente des autres questions de droit tranchées en dehors du contexte constitutionnel. Les juges ne peuvent pas, au sens littéral, invalider une loi lorsqu'ils se penchent sur la conformité de la disposition contestée avec la Constitution au titre du par. 52(1). Une déclaration d'inconstitutionnalité réfute simplement la présomption de constitutionnalité; elle ne modifie pas le libellé de la loi. Les questions de droit sont régies par les règles et conventions ordinaires qui limitent les tribunaux dans l'exécution de leurs tâches judiciaires, y compris l'application des règles ordinaires du *stare decisis*. Une déclaration judiciaire faite en application du par. 52(1) par une cour supérieure lie donc les autres tribunaux dans les limites prescrites du droit relatif au précédent.

Le principe de la suprématie de la Constitution ne saurait dominer l'analyse du par. 52(1) à l'exclusion des autres principes constitutionnels. L'effet juridique d'une déclaration faite par une cour supérieure en application du par. 52(1) doit être défini en fonction de la suprématie de la Constitution, de la primauté du droit et du fédéralisme.

courts operating within a province only have powers within the province. Federalism prevents a s. 52(1) declaration issued within one province from binding courts throughout the country. Horizontal *stare decisis* applies to courts of coordinate jurisdiction within a province and a constitutional ruling will bind lower courts through vertical *stare decisis*. *Stare decisis* is the appropriate framework to apply to litigation of constitutional issues, because it balances stability and predictability against correctness and the orderly development of the law. The Crown may consider an appeal when faced with conflicting trial decisions relating to a law on which the prosecution continues to rely, but is not bound to appeal declarations of unconstitutionality in criminal matters. However desirable uniform treatment of the substantive criminal law might be within or even across provinces, a decision to appeal remains within the discretion of the relevant attorney general, to be decided in keeping with its authority to pursue the public interest and the constitutional and practical constraints relating to its office.

Varying standards have been invoked to define when departure from prior precedent is appropriate, for example if it is plainly wrong, when there is good reason for doing so or in extraordinary circumstances. These qualitative tags are susceptible of extending to almost any circumstance and do not provide precise guidance. These terms should no longer be used. Judicial comity as well as the rule of law principles supporting *stare decisis* mean that prior decisions should be followed unless the *Spruce Mills* criteria are met. Trial courts should only depart from binding decisions issued by a court of coordinate jurisdiction in three narrow circumstances: the rationale of the earlier decision has been undermined by subsequent appellate decisions; some binding authority in case law or some relevant statute was not considered; or the earlier decision was not fully considered, for example if it was taken in exigent circumstances. Where a judge is faced with conflicting authority on the constitutionality of legislation, the judge must follow the most recent authority unless one or more of these three criteria are met. These criteria do not detract from the narrow circumstances in which a lower court may depart from binding vertical precedent.

Conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les cours supérieures qui exercent leurs activités dans une province ne disposent de pouvoirs que dans celle-ci. Le fédéralisme empêche qu'une déclaration faite en application du par. 52(1) dans une province lie les tribunaux partout au Canada. Le *stare decisis* horizontal s'applique aux tribunaux de juridiction équivalente dans une province, et une décision sur la constitutionnalité liera les juridictions inférieures par la voie du *stare decisis* vertical. La règle du *stare decisis* est le bon cadre d'analyse à appliquer aux litiges concernant des questions constitutionnelles, car elle concilie, d'une part, la stabilité et la prévisibilité et, d'autre part, la justesse et l'évolution ordonnée du droit. La Couronne peut envisager un appel lorsqu'elle fait face à des décisions contradictoires en première instance concernant une disposition sur laquelle elle continue de s'appuyer, mais elle n'est pas tenue de porter en appel les déclarations d'inconstitutionnalité dans les affaires criminelles. Aussi souhaitable que soit le traitement uniforme du droit criminel substantiel au sein des provinces ou même entre celles-ci, la décision d'interjeter appel relève du pouvoir discrétionnaire du procureur général compétent, qui prend cette décision conformément à son pouvoir de servir l'intérêt public et aux contraintes constitutionnelles et pratiques relatives à sa charge.

Différentes normes ont été invoquées pour établir quand il est opportun de s'écarter d'un précédent, par exemple si la décision est manifestement erronée, lorsqu'il existe de bonnes raisons de le faire ou dans des circonstances extraordinaires. Ces étiquettes qualitatives sont susceptibles de viser presque toute situation et ne fournissent pas de directives précises. Ces termes ne devraient plus être employés. Le principe de la courtoisie judiciaire ainsi que les principes de la primauté du droit qui appuient la règle du *stare decisis* impliquent que les décisions antérieures devraient être suivies, à moins que les critères énoncés dans la décision *Spruce Mills* soient respectés. Les tribunaux de première instance ne devraient s'écarter des décisions faisant autorité rendues par un tribunal de juridiction équivalente que dans trois situations précises : la justification de la décision antérieure a été compromise par des décisions subséquentes de cours d'appel; un précédent faisant autorité ou une loi pertinente n'a pas été pris en considération; ou la décision antérieure n'a pas été mûrement réfléchie, par exemple si elle a été prise dans une situation d'urgence. Lorsque le juge se trouve devant des précédents contradictoires sur la constitutionnalité d'une disposition législative, il doit suivre la décision la plus récente, sauf si au moins un des trois critères susmentionnés est respecté. Ces critères ne changent rien aux situations précises dans lesquelles une juridiction inférieure peut s'écarter d'un précédent faisant autorité malgré la règle du *stare decisis* vertical.

An application of the doctrine of horizontal *stare decisis* to C's case illustrates how these criteria should work in practice. *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295, did not engage with an earlier Ontario decision that upheld the constitutionality of s. 33.1 and *Dunn* did not apply the criteria to determine whether it was permissible to depart from that precedent; therefore it was a decision *per incuriam* and did not need to be followed. The earlier decision considered the appropriate statutes and authorities in reaching the conclusion that s. 33.1 infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter* but was upheld under s. 1 and there is no indication that it was rendered in exigent circumstances. Therefore, that decision should have been followed by the trial judge in the constitutional ruling in C's case. On appeal, however, the Court of Appeal was not bound to follow any first instance superior court decision.

There is no statutory route for C to appeal the Court of Appeal's order of a new trial. Section 695 of the *Criminal Code* does not provide the Court with the jurisdiction to hear a cross-appeal by C. Sections 691 and 692 of the *Criminal Code* set out the jurisdiction of the Court to hear criminal appeals brought by criminal accused and represent the whole of an accused's express statutory right to appeal when their conviction has been affirmed or their acquittal set aside by the Court of Appeal. In cases like C's, where an accused, having been convicted of an indictable offence at trial, is granted a new trial, s. 691 does not provide a route of appeal to the Court. As for a stay of proceedings, it may only be granted in the clearest of cases, where prejudice to an accused's rights or to the judicial system is irreparable and cannot be remedied. The record before the Court is insufficient to conclude that C's right to a fair trial is prejudiced.

Cases Cited

By Kasirer J.

Applied: *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, [2022] 1 S.C.R. 374; *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590; **distinguished:** *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; **explained:** *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; **considered:** *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295; *R. v. Fleming*, 2010 ONSC 8022;

L'application de la théorie du *stare decisis* horizontal au cas de C montre de quelle manière ces critères devraient opérer en pratique. Le jugement *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295, ne traitait pas d'une décision antérieure ontarienne qui confirmait la constitutionnalité de l'art. 33.1 et le tribunal dans l'affaire *Dunn* n'a pas appliqué les critères pour décider s'il était possible de s'écarter de ce précédent; il s'agissait donc d'une décision rendue *per incuriam* et il n'était pas nécessaire de la suivre. La décision antérieure a tenu compte des lois et sources appropriées pour arriver à la conclusion que l'art. 33.1 contrevenait à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, mais qu'il était sauvegardé en application de l'article premier, et rien n'indique que la décision a été rendue dans une situation d'urgence. Par conséquent, le juge du procès aurait dû suivre cette décision lorsqu'il a rendu sa décision en matière constitutionnelle dans le cas de C. En appel, toutefois, la Cour d'appel n'était pas tenue de suivre quelque décision que ce soit d'une cour supérieure de première instance.

C ne dispose d'aucune voie légale pour interjeter appel de l'ordonnance de la Cour d'appel visant la tenue d'un nouveau procès. L'article 695 du *Code criminel* ne confère pas à la Cour compétence pour instruire un appel incident de C. Les articles 691 et 692 du *Code criminel* établissent la compétence de la Cour pour instruire des appels en matière criminelle interjetés par des accusés et représentent l'intégralité du droit d'appel qu'accorde expressément la loi à un accusé lorsque sa déclaration de culpabilité a été confirmée ou son acquittement a été annulé par la Cour d'appel. Dans une situation comme celle de C, où l'accusé reconnu coupable d'un acte criminel au procès se voit accorder un nouveau procès, l'art. 691 n'offre pas de voie d'appel à la Cour. Pour ce qui est de l'arrêt des procédures, il ne peut être prononcé que dans les cas les plus manifestes, où l'atteinte aux droits de l'accusé ou au système judiciaire est irréparable et il serait impossible d'y remédier. Le dossier présenté à la Cour est insuffisant pour conclure qu'il y a eu atteinte au droit de C à un procès équitable.

Jurisprudence

Citée par le juge Kasirer

Arrêts appliqués : *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, [2022] 1 R.C.S. 374; *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; **arrêts expliqués :** *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; **arrêts examinés :** *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295;

R. v. McCaw, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359; *R. v. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339; **referred to**: *R. v. Scarlett*, 2013 ONSC 562; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321; *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181; *Coquitlam (City) v. Construction Aggregates Ltd.* (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 275, aff'd 2000 BCCA 301, 75 B.C.L.R. (3d) 350, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257; *Ontario (Attorney General) v. G.*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *R. v. Albashir*, 2021 SCC 48, [2021] 3 S.C.R. 531; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Parent v. Guimond*, 2016 QCCA 159; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *R. v. McCann*, 2015 ONCA 451; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Dunn* (2002), 156 O.A.C. 27; *R. v. Jensen* (2005), 74 O.R. (3d) 561; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Green*, 2021 ONSC 2826; *R. v. Kehler*, 2009 MBPC 29, 242 Man. R. (2d) 4; *R. v. Wolverine and Bernard* (1987), 59 Sask. R. 22; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 v. Jameson House Ventures Ltd.*, 2017 BCSC 1988, 4 B.C.L.R. (6th) 370; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Shea*, 2010 SCC 26, [2010] 2 S.C.R. 17; *Saumur v. Recorder's Court (Quebec)*, [1947] S.C.R. 492; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

R. c. Fleming, 2010 ONSC 8022; *R. c. McCaw*, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359; *R. c. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339; **arrêts mentionnés** : *R. c. Scarlett*, 2013 ONSC 562; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321; *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181; *Coquitlam (City) c. Construction Aggregates Ltd.* (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 275, conf. par 2000 BCCA 301, 75 B.C.L.R. (3d) 350, autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. ix; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257; *Ontario (Procureur général) c. G.*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, [2021] 3 R.C.S. 531; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Parent c. Guimond*, 2016 QCCA 159; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *R. c. McCann*, 2015 ONCA 451; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Dunn* (2002), 156 O.A.C. 27; *R. c. Jensen* (2005), 74 O.R. (3d) 561; *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Green*, 2021 ONSC 2826; *R. c. Kehler*, 2009 MBPC 29, 242 Man. R. (2d) 4; *R. c. Wolverine and Bernard* (1987), 59 Sask. R. 22; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 c. Jameson House Ventures Ltd.*, 2017 BCSC 1988, 4 B.C.L.R. (6th) 370; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Shea*, 2010 CSC 26, [2010] 2 R.C.S. 17; *Saumur c. Recorder's Court (Quebec)*, [1947] R.C.S. 492; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Statutes and Regulations Cited

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, preamble, ss. 1, 7, 11(d), 24(1).
Constitution Act, 1867, s. 96.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 33.1, 691, 692, 695.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 29(3).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
- Canada. Department of Justice Canada. *Principles guiding the Attorney General of Canada in Charter litigation*, Ottawa, 2017.
- Garner, Bryan A., et al. *The Law of Judicial Precedent*. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2016.
- Gélinas, Fabien. « La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle » (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 455.
- Gervais, Marc-Antoine. « Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien » (2021), 66 *McGill L.J.* 509.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).
- Kerwin, Scott. « *Stare Decisis* in the B.C. Supreme Court: Revisiting *Hansard Spruce Mills* » (2004), 62 *Advocate* 541.
- Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Mancini, Mark. « Declarations of Invalidity in Superior Courts » (2019), 28:3 *Const. Forum* 31.
- Marcotte, Alexandre. « A Question of Law: (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of *Stare Decisis* » (2021), 42 *N.J.C.L.* 1.
- Parkes, Debra. « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Pinard, Danielle. « De l'inhabilité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et Amélie Binette, dir., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel: Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*. Montréal: Yvon Blais, 2016, 329.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, préambule, art. 1, 7, 11(d), 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 16, 33.1, 691, 692, 695.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 29(3).

Doctrine et autres documents cités

- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Canada. Ministère de la Justice Canada. *Principes guidant le procureur général du Canada dans les litiges fondés sur la Charte*, Ottawa, 2017.
- Garner, Bryan A., et al. *The Law of Judicial Precedent*, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2016.
- Gélinas, Fabien. « La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle » (1988), 67 *R. du B. can.* 455.
- Gervais, Marc-Antoine. « Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien » (2021), 66 *R.D. McGill* 509.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).
- Kerwin, Scott. « *Stare Decisis* in the B.C. Supreme Court : Revisiting *Hansard Spruce Mills* » (2004), 62 *Advocate* 541.
- Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Mancini, Mark. « Declarations of Invalidity in Superior Courts » (2019), 28:3 *Forum const.* 31.
- Marcotte, Alexandre. « A Question of Law : (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of *Stare Decisis* » (2021), 42 *N.J.C.L.* 1.
- Parkes, Debra. « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Pinard, Danielle. « De l'inhabilité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et Amélie Binette, dir., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Yvon Blais, 2016, 329.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated October 2021, release 2).

Roach, Kent. “Not Just the Government’s Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law” (2006), 31 *Queen’s L.J.* 598.

Rosenberg, Marc. “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.

Rowe, Malcom, and Leanna Katz. “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.

Sharpe, Robert J. *Good Judgment: Making Judicial Decisions*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.

Waldron, Jeremy. « *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach* » (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated October 2021, release 2).

Roach, Kent. « Not Just the Government’s Lawyer : The Attorney General as Defender of the Rule of Law » (2006), 31 *Queen’s L.J.* 598.

Rosenberg, Marc. « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.

Rowe, Malcom, and Leanna Katz. « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.

Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.

Waldron, Jeremy. « *Stare Decisis and the Rule of Law : A Layered Approach* » (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Watt, Lauwers and Paciocco JJ.A.), 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, 387 C.C.C. (3d) 304, 63 C.R. (7th) 77, 462 C.R.R. (2d) 231, [2020] O.J. No. 2452 (QL), 2020 CarswellOnt 7645 (WL), setting aside the convictions for aggravated assault and assault with a weapon entered by Salmers J., [2016] O.J. No. 6847 (QL), 2016 CarswellOnt 21197 (WL), and entering verdicts of acquittal. Appeal dismissed.

APPEAL and APPLICATION FOR LEAVE TO CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Watt, Lauwers and Paciocco JJ.A.), 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, 387 C.C.C. (3d) 304, 63 C.R. (7th) 77, 462 C.R.R. (2d) 231, [2020] O.J. No. 2452 (QL), 2020 CarswellOnt 7645 (WL), setting aside the convictions for manslaughter and aggravated assault entered by Boswell J., 2018 ONSC 7158, [2018] O.J. No. 6459 (QL), 2018 CarswellOnt 20662 (WL), and ordering a new trial. Appeal dismissed and application for leave to cross-appeal quashed.

Joan Barrett, Michael Perlin and Jeffrey Wyngaarden, for the appellant/respondent on application for leave to cross-appeal.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Watt, Lauwers et Paciocco), 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, 387 C.C.C. (3d) 304, 63 C.R. (7th) 77, 462 C.R.R. (2d) 231, [2020] O.J. No. 2452 (QL), 2020 CarswellOnt 7645 (WL), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour voies de fait graves et agression armée inscrites par le juge Salmers, [2016] O.J. No. 6847 (QL), 2016 CarswellOnt 21197 (WL), et inscrit des verdicts d’acquittal. Pourvoi rejeté.

POURVOI et DEMANDE D’AUTORISATION D’APPEL INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Watt, Lauwers et Paciocco), 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, 387 C.C.C. (3d) 304, 63 C.R. (7th) 77, 462 C.R.R. (2d) 231, [2020] O.J. No. 2452 (QL), 2020 CarswellOnt 7645 (WL), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour homicide involontaire coupable et voies de fait graves inscrites par le juge Boswell, 2018 ONSC 7158, [2018] O.J. No. 6459 (QL), 2018 CarswellOnt 20662 (WL), et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté et demande d’autorisation d’appel incident cassée.

Joan Barrett, Michael Perlin et Jeffrey Wyngaarden, pour l’appelante/intimée à la demande d’autorisation d’appel incident.

Stephanie DiGiuseppe and Karen Heath, for the respondent David Sullivan.

Matthew R. Gourlay and Danielle Robitaille, for the respondent/applicant on application for leave to cross-appeal Thomas Chan.

Michael H. Morris, Roy Lee and Rebecca Sewell, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sylvain Leboeuf and Jean-Vincent Lacroix, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Ami Kotler, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Lara Vizsolyi, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Noah Wernikowski, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Deborah J. Alford, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Jeremy Opolsky, Paul Daly, Jake Babad and Julie Lowenstein, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Carter Martell, Anita Szigeti, Sarah Rankin and Maya Kotob, for the intervener the Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health.

Lindsay Daviau and Deepa Negandhi, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Eric S. Neubauer, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Megan Stephens and Lara Kinkartz, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

Connor Bildfell and Asher Honickman, for the intervener the Advocates for the Rule of Law.

Stephanie DiGiuseppe et Karen Heath, pour l'intimé David Sullivan.

Matthew R. Gourlay et Danielle Robitaille, pour l'intimé/demandeur à la demande d'autorisation d'appel incident Thomas Chan.

Michael H. Morris, Roy Lee et Rebecca Sewell, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sylvain Leboeuf et Jean-Vincent Lacroix, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Ami Kotler, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Lara Vizsolyi, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Noah Wernikowski, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Deborah J. Alford, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jeremy Opolsky, Paul Daly, Jake Babad et Julie Lowenstein, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Carter Martell, Anita Szigeti, Sarah Rankin et Maya Kotob, pour l'intervenant Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health.

Lindsay Daviau et Deepa Negandhi, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Eric S. Neubauer, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Megan Stephens et Lara Kinkartz, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes.

Connor Bildfell et Asher Honickman, pour l'intervenant Advocates for the Rule of Law.

The judgment of the Court was delivered by

KASIRER J. —

I. Overview

[1] After having voluntarily taken an overdose of a prescription drug and falling into an impaired state, David Sullivan attacked his mother with a knife and injured her gravely. He was charged with several offences, including aggravated assault and assault with a weapon. In unrelated circumstances, Thomas Chan also fell into an impaired state after he voluntarily ingested “magic mushrooms” containing a drug called psilocybin. Mr. Chan attacked his father with a knife and killed him and seriously injured his father’s partner. He was tried for manslaughter and aggravated assault.

[2] In their different circumstances, both Mr. Sullivan and Mr. Chan argued at their respective trials that their state of intoxication was so extreme that their actions were involuntary and could not be the basis of a guilty verdict for the violent offences of general intent brought against them. Mr. Chan argued in particular that an underlying brain injury was the significant contributing cause of his psychosis, rather than his intoxication alone, such that he was not criminally responsible pursuant to s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[3] In the case of Mr. Sullivan, the trial judge accepted the accused was acting involuntarily but decided that the defence of extreme intoxication akin to automatism was not available by virtue of s. 33.1 of the *Criminal Code*. Mr. Sullivan was convicted of the two assault charges. In the case of Mr. Chan, the trial judge dismissed a constitutional challenge to s. 33.1. Mr. Chan’s brain trauma was held to be a mental disorder, but not the cause of the incapacity, which was the result of the voluntary ingestion of magic mushrooms. The trial judge in his case rejected

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE KASIRER —

I. Aperçu

[1] Après avoir volontairement consommé une surdose de médicaments sur ordonnance et avoir sombré dans un état de conscience diminuée, David Sullivan a attaqué sa mère avec un couteau et l’a gravement blessée. Il a été accusé de plusieurs infractions, notamment de voies de fait graves et d’agression armée. Dans des circonstances non liées, Thomas Chan a aussi sombré dans un état de conscience diminuée après avoir volontairement ingéré des « champignons magiques » contenant une drogue appelée psilocybine. Monsieur Chan a attaqué son père avec un couteau et l’a tué, et a gravement blessé la conjointe de son père. Il a subi un procès pour des accusations d’homicide involontaire coupable et de voies de fait graves.

[2] Dans des circonstances qui leur sont propres, M. Sullivan et M. Chan ont tous les deux soutenu lors de leur procès respectif que leur état d’intoxication était si extrême que leurs actions étaient involontaires et ne pouvaient justifier un verdict de culpabilité pour les accusations d’infractions violentes d’intention générale portées contre eux. Monsieur Chan a fait valoir plus précisément qu’une lésion cérébrale sous-jacente, plutôt que sa seule intoxication, était la cause ayant contribué de façon appréciable à sa psychose, de sorte qu’il n’était pas criminellement responsable au titre de l’art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[3] Dans le cas de M. Sullivan, le juge du procès a déterminé que l’accusé avait agi de façon involontaire, mais a décidé que celui-ci ne pouvait se prévaloir de la défense d’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme en raison de l’art. 33.1 du *Code criminel*. Monsieur Sullivan a été déclaré coupable des deux accusations de voies de fait. Dans le cas de M. Chan, le juge du procès a rejeté la contestation constitutionnelle de l’art. 33.1. Il a été conclu que la lésion cérébrale de M. Chan constituait un trouble mental, mais n’était pas la cause de l’incapacité, qui

his argument under s. 16. He was convicted of manslaughter and aggravated assault.

[4] Their appeals were heard together. The Court of Appeal for Ontario held that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not saved by s. 1. As a result, both Mr. Sullivan and Mr. Chan were entitled to raise the defence of automatism. Based on the findings at his trial, Mr. Sullivan's convictions were set aside and acquittals entered. The Court of Appeal ordered a new trial for Mr. Chan because no finding of fact had been made in respect of non-mental disorder automatism in his case. The Crown has appealed both the decisions for Mr. Sullivan and Mr. Chan to this Court.

[5] In *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, [2022] 1 S.C.R. 374, released concurrently with the reasons for judgment in these appeals, I conclude that s. 33.1 violates the *Charter* and is of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. That conclusion is equally applicable to the Crown's appeals in the cases at bar.

[6] As respondent, Mr. Sullivan has raised an issue relating to the character and force of a s. 52(1) declaration of unconstitutionality issued by a superior court. He argued before us that the trial judge had been bound by a previous declaration by a superior court judge in the province that held s. 33.1 to be of no force and effect. The issue raised by Mr. Sullivan provides an opportunity to clarify whether a declaration made under s. 52(1) binds the courts of coordinate jurisdiction in future cases due to the principle of constitutional supremacy, or whether the ordinary rules of horizontal *stare decisis* apply. As I shall endeavour to explain, *stare decisis* does apply and the trial judge was only bound to that limited extent on the question of the constitutionality of s. 33.1. The right approach can be stated plainly. Superior courts at first instance may not be bound if the prior

était plutôt due à l'ingestion volontaire de champignons magiques. Le juge du procès a rejeté son argument fondé sur l'art. 16. Monsieur Chan a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et de voies de fait graves.

[4] Les pourvois ont été instruits ensemble. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'art. 33.1 violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'était pas sauvegardé par l'article premier. Par conséquent, M. Sullivan et M. Chan pouvaient tous les deux invoquer la défense de l'automatisme. Compte tenu des conclusions tirées à son procès, les déclarations de culpabilité de M. Sullivan ont été annulées et des acquittements ont été prononcés. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès pour M. Chan parce qu'aucune conclusion de fait n'avait été tirée concernant l'automatisme sans troubles mentaux dans son cas. La Couronne a interjeté appel des décisions concernant M. Sullivan et M. Chan devant la Cour.

[5] Dans l'arrêt *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, [2022] 1 R.C.S. 374, rendu en même temps que les motifs dans les présents pourvois, je conclus que l'art. 33.1 viole la *Charte* et est inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette conclusion est également applicable aux pourvois interjetés par la Couronne dans les affaires en l'espèce.

[6] À titre d'intimé, M. Sullivan a soulevé une question concernant la nature et l'autorité d'une déclaration d'inconstitutionnalité, fondée sur le par. 52(1), prononcée par une cour supérieure. Il a soutenu devant nous que le juge du procès était lié par une déclaration antérieure d'un juge de cour supérieure de la province qui a statué que l'art. 33.1 était inopérant. La question soulevée par M. Sullivan nous donne l'occasion de clarifier si une déclaration faite en application du par. 52(1) lie les tribunaux de juridiction équivalente pour l'avenir en raison du principe de la suprématie de la Constitution, ou si les règles ordinaires du *stare decisis* horizontal s'appliquent. Comme je m'efforcerai d'expliquer, la règle du *stare decisis* s'applique et le juge du procès n'était lié que dans cette mesure en ce qui a trait à la constitutionnalité de l'art. 33.1. Le cadre d'analyse

decision is distinguishable on its facts or if the court had no practical way of knowing that the earlier decision existed. Otherwise, the decision is binding and the judge may only depart from it if one or more of the exceptions helpfully explained in *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.), apply.

[7] In the result, I would dismiss the Crown's appeal in the case of Mr. Sullivan and confirm the acquittals entered by the Court of Appeal.

[8] As respondent in his appeal before this Court, Mr. Chan seeks leave to cross-appeal and, if granted, he asks that we substitute an acquittal for the order of a new trial. I would reject Mr. Chan's arguments on this point. In my view, Mr. Chan's application for leave to cross-appeal must be quashed for want of jurisdiction. I would reject his alternative argument that this Court order a stay of proceedings in respect of the very serious violent charges brought against Mr. Chan because the requirements for a stay have not been made out. In the result, I would confirm the Court of Appeal's order of a new trial.

II. Background

A. *David Sullivan*

[9] All parties agree that Mr. Sullivan attacked his mother during an episode of drug-induced psychosis during which he had no voluntary control over his actions. Mr. Sullivan, then 43 years old, lived with his mother in a condominium unit. He has a history of mental illness and substance abuse. Evidence adduced at trial indicated that in the three months before the attack, he was convinced that the planet would be invaded by aliens that were already present in their condominium.

qu'il convient d'adopter peut être énoncé simplement. Les cours supérieures de première instance peuvent ne pas être liées par la décision antérieure si les faits dans cette affaire se distinguent de ceux de l'affaire en jeu ou si la cour n'avait aucun moyen pratique de savoir que la décision antérieure existait. Autrement, le juge est lié par la décision et ne peut s'en écarter que si au moins une des exceptions utilement expliquées dans la décision *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590 (C.S. C.-B.), s'applique.

[7] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel interjeté par la Couronne dans le cas de M. Sullivan et de confirmer les acquittements prononcés par la Cour d'appel.

[8] À titre d'intimé dans son pourvoi devant la Cour, M. Chan cherche à obtenir l'autorisation de former un pourvoi incident et, s'il l'obtient, il nous demande de prononcer un acquittement au lieu de l'ordonnance en vue d'un nouveau procès. Je suis d'avis de rejeter les arguments de M. Chan à ce sujet. À mon avis, la demande d'autorisation d'appel incident de M. Chan doit être cassée pour absence de compétence. Je rejette son argument subsidiaire selon lequel la Cour doit ordonner un arrêt des procédures à l'égard des accusations de crimes violents très graves portées contre lui, parce que les exigences relatives à une telle ordonnance ne sont pas respectées. Par conséquent, je confirmerais la conclusion de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

II. Contexte

A. *David Sullivan*

[9] Les parties s'entendent pour dire que M. Sullivan a attaqué sa mère pendant un épisode psychotique provoqué par la drogue, au cours duquel il n'avait pas la maîtrise de ses actes. Monsieur Sullivan, alors âgé de 43 ans, vivait avec sa mère dans un condominium. Il avait des antécédents de troubles mentaux et de toxicomanie. Selon les éléments de preuve présentés au procès, au cours des trois mois précédant l'attaque, il était convaincu que la planète serait envahie par des extraterrestres qui étaient déjà présents dans son condominium.

[10] Mr. Sullivan had been prescribed bupropion (under the name Wellbutrin) to help him quit smoking. Psychosis is a side effect of the drug. He had experienced psychosis from Wellbutrin at least once before, shortly before the events in this case. The evening prior to the attack, he ingested 30 to 80 Wellbutrin tablets in a suicide attempt. The drugs prompted a psychotic episode during which time, in the early hours of the morning, he woke his mother and told her an alien was in the living room. She followed him into the area and, while she was there, Mr. Sullivan went into the kitchen, took two knives, and stabbed his mother six times. She suffered serious injuries, including residual nerve damage that was slow to heal. She died before trial of unrelated causes.

[11] Several neighbours saw Mr. Sullivan acting erratically outside of the building after the attack. Agitated when the police arrived, Mr. Sullivan was talking about Jesus, the devil, and aliens. He was taken to the hospital, where he had multiple seizures. The psychotic episode resolved itself within a few days. At trial, a forensic psychiatrist gave evidence that Mr. Sullivan was likely experiencing a bupropion-induced psychosis at the time of the attack on his mother.

B. *Thomas Chan*

[12] Thomas Chan violently attacked his father and his father's partner with a knife. Mr. Chan's father later died from his injuries. The father's partner was gravely and permanently injured.

[13] After returning home from a bar where they had consumed several alcoholic drinks earlier that evening, Mr. Chan and his friends decided to take magic mushrooms. Mr. Chan had consumed mushrooms before and enjoyed the experience. He ingested an initial dose and when he failed to feel the same effects as his friends, he took a second dose. Towards the end of the night, he began acting erratically. Frightened, he went upstairs where he woke up his mother, mother's

[10] Monsieur Sullivan s'était fait prescrire du bupropion (commercialisé sous le nom Wellbutrin) pour l'aider à arrêter de fumer. La psychose est un effet secondaire de ce médicament. Il avait vécu un épisode psychotique provoqué par le Wellbutrin au moins une fois auparavant, peu de temps avant les faits en cause. Le soir précédant l'attaque, il a ingéré de 30 à 80 comprimés de Wellbutrin pour tenter de se suicider. Les médicaments ont provoqué un épisode psychotique au cours duquel il a, au petit matin, réveillé sa mère pour lui dire qu'il y avait un extra-terrestre dans le salon. Elle l'a suivi dans le salon et, pendant qu'elle y était, M. Sullivan s'est rendu dans la cuisine, a pris deux couteaux et a poignardé sa mère à six reprises. Elle a subi de graves blessures, notamment des lésions résiduelles des nerfs, qui ont pris beaucoup de temps à guérir. Elle est décédée avant le procès, de causes non reliées.

[11] Plusieurs voisins ont vu M. Sullivan agir de façon étrange à l'extérieur de l'immeuble après l'attaque. Monsieur Sullivan était agité lorsque les policiers sont arrivés; il parlait de Jésus, du diable et des extraterrestres. Il a été transporté à l'hôpital, où il a eu de multiples crises. L'épisode psychotique s'est terminé de lui-même en l'espace de quelques jours. Au procès, une psychiatre légiste a affirmé que M. Sullivan vivait probablement une psychose provoquée par le bupropion au moment où il a attaqué sa mère.

B. *Thomas Chan*

[12] Thomas Chan a violemment attaqué son père et la conjointe de celui-ci avec un couteau. Le père de M. Chan a plus tard succombé à ses blessures. La conjointe du père a été blessée gravement et de façon permanente.

[13] De retour à la maison après une sortie dans un bar où ils avaient consommé plusieurs boissons alcoolisées plus tôt ce soir-là, M. Chan et ses amis ont décidé de prendre des champignons magiques. Monsieur Chan avait déjà consommé des champignons magiques par le passé et il avait aimé l'expérience. Il a ingéré une première dose et comme il ne ressentait pas les mêmes effets que ses amis, il a pris une seconde dose. Vers la fin de la soirée, il a commencé

boyfriend, and sister. Mr. Chan then left the home wearing only a pair of pants. His family and friends pursued him as he ran towards his father's home a short distance away. Mr. Chan broke into his father's house through a window even though he normally gained entry through finger-print recognition on a home security system.

[14] Once inside, he confronted his father in the kitchen and did not appear to recognize him. He shouted that he was God and that his father was Satan. He proceeded to stab his father repeatedly. He then stabbed his father's partner. When police arrived, he complied with their demands, although at one point he struggled with what a police officer described as "super-strength".

III. Proceedings Below

A. *David Sullivan*

Ontario Superior Court of Justice, [2016] O.J. No. 6847 (QL), 2016 CarswellOnt 21197 (WL) (Salmers J.)

[15] At trial, the parties agreed, and the trial judge accepted, that Mr. Sullivan was acting involuntarily when he stabbed his mother. The trial judge found that Mr. Sullivan experienced a state of non-mental disorder automatism, attributable to his ingestion of Wellbutrin. His state was caused by a drug for which psychosis is a known side-effect.

[16] The Crown said s. 33.1 applied because Mr. Sullivan's psychosis was self-induced and therefore could not be the basis for a defence that he lacked the general intent or voluntariness for the crimes of assault. There was disagreement about whether Mr. Sullivan's consumption of Wellbutrin was voluntary. Section 33.1 would only preclude the automatism defence if intoxication was "self-induced". The trial judge found that Mr. Sullivan's intoxication was voluntary and that he knew or ought

à agir de façon étrange. Effrayé, il est monté à l'étage et il a réveillé sa mère, le copain de sa mère et sa sœur. Monsieur Chan a ensuite quitté la maison, ne portant qu'une paire de pantalons. Sa famille et ses amis l'ont poursuivi alors qu'il courait vers la maison de son père, située à proximité. Monsieur Chan s'est introduit dans la maison de son père par une fenêtre, même s'il y avait normalement accès grâce à la reconnaissance d'empreintes digitales d'un système de sécurité résidentielle.

[14] Une fois à l'intérieur, M. Chan a eu un affrontement avec son père dans la cuisine et ne semblait pas le reconnaître. Il a crié qu'il était Dieu et que son père était Satan. Il a poignardé son père à répétition, et il a ensuite poignardé la conjointe de celui-ci. Lorsque les policiers sont arrivés, il s'est conformé à leurs ordres bien qu'à un certain moment, il se soit débattu avec une [TRADUCTION] « force extraordinaire », selon la description qu'un policier a faite.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *David Sullivan*

Cour supérieure de justice de l'Ontario, [2016] O.J. No. 6847 (QL), 2016 CarswellOnt 21197 (WL) (le juge Salmers)

[15] Au procès, les parties ont reconnu, et le juge du procès a accepté, que M. Sullivan agissait de façon involontaire lorsqu'il a poignardé sa mère. Le juge du procès a conclu que M. Sullivan s'était trouvé dans un état d'automatisme sans troubles mentaux, attribuable à son ingestion de Wellbutrin. Son état était causé par un médicament dont un des effets secondaires connus est la psychose.

[16] La Couronne a affirmé que l'art. 33.1 s'appliquait parce que la psychose de M. Sullivan était volontaire et ne pouvait donc pas servir de fondement à une défense selon laquelle il n'avait pas l'intention générale ou la volonté qui sous-tendent les crimes de voies de fait. Il y avait désaccord sur la question de savoir si M. Sullivan avait consommé le Wellbutrin de façon volontaire. L'article 33.1 empêcherait l'application de la défense d'automatisme que si l'intoxication était « volontaire ». Le juge du procès a conclu que

to have known that Wellbutrin would cause him to be impaired. Section 33.1 was applied. He was found guilty of aggravated assault, assault with a weapon, and four counts of breach of a non-communication order. It bears noting that Mr. Sullivan did not contest the constitutionality of s. 33.1 at trial. He received a global sentence of five years.

B. *Thomas Chan*

- (1) Constitutional Ruling, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376 (Boswell J.)

[17] Mr. Chan challenged the constitutionality of s. 33.1 in a pre-trial application, arguing in particular that the trial judge was bound by previous decisions of the same court, notably *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), and *R. v. Fleming*, 2010 ONSC 8022, which found s. 33.1 to be unconstitutional.

[18] Boswell J. considered whether, by reason of the doctrine of horizontal *stare decisis*, he was bound by a constitutional declaration by another judge of the superior court in the province that s. 33.1 was of no force or effect because it was inconsistent with the *Charter*. Relying on *R. v. Scarlett*, 2013 ONSC 562, the trial judge held that he was not so bound. Decisions from courts of coordinate jurisdiction should be followed in the absence of cogent reasons to depart therefrom. A court is bound unless the previous decision is “plainly wrong” (paras. 55-56). The trial judge reasoned that the case law on the constitutionality of s. 33.1 was “considerably unsettled” (para. 58). Although all courts had agreed that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, courts were divided on whether it could be saved under s. 1. As a result, Boswell J. did not “feel constrained to follow one school of thought more than the other” (*ibid.*). In addition, none of the earlier constitutional decisions had had the benefit of the judgment of the Court in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, on the relationship between

l’intoxication de M. Sullivan était volontaire et qu’il savait ou aurait dû savoir que le Wellbutrin lui causerait un état de conscience diminuée. L’article 33.1 a été appliqué. Monsieur Sullivan a été déclaré coupable de voies de fait graves, d’agression armée et de quatre chefs d’accusation de manquement à une ordonnance de non-communication. Il convient de signaler que M. Sullivan n’a pas contesté la constitutionnalité de l’art. 33.1 au procès. Il a été condamné à une peine globale de cinq ans.

B. *Thomas Chan*

- (1) Décision sur la constitutionnalité, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376 (le juge Boswell)

[17] Monsieur Chan a contesté la constitutionnalité de l’art. 33.1 dans le cadre d’une demande préalable au procès, soutenant en particulier que le juge du procès était lié par les décisions antérieures de la même cour, notamment *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (C.J. Ont. (Div. gén.)), et *R. c. Fleming*, 2010 ONSC 8022, où il a été conclu que l’art. 33.1 était inconstitutionnel.

[18] Le juge Boswell s’est demandé si, en raison du principe du *stare decisis* horizontal, il était lié par une déclaration en matière constitutionnelle d’un autre juge de cour supérieure dans la province selon laquelle l’art. 33.1 était inopérant parce qu’il était incompatible avec la *Charte*. Se fondant sur la décision *R. c. Scarlett*, 2013 ONSC 562, le juge du procès a conclu qu’il n’était pas lié par une telle déclaration. Les décisions des tribunaux de juridiction équivalente devraient être suivies si aucune raison convaincante ne justifie de s’en écarter. Un tribunal est lié par une décision antérieure à moins que celle-ci soit [TRADUCTION] « manifestement erronée » (par. 55-56). Le juge du procès a conclu que la jurisprudence sur la constitutionnalité de l’art. 33.1 était [TRADUCTION] « considérablement incertaine » (par. 58). Bien que tous les tribunaux aient reconnu que l’art. 33.1 viole l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*, ils étaient divisés quant à la question de savoir s’il pouvait être sauvegardé par l’article premier. Par conséquent, le juge Boswell ne [TRADUCTION] « se sentait pas obligé de suivre un courant de pensée plutôt qu’un autre »

ss. 7 and 1 (para. 58). He concluded that he was free to reconsider the question afresh.

[19] The trial judge then went on to decide that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter* but was saved under s. 1.

(2) Judgment on the Merits, 2018 ONSC 7158 (Boswell J.)

[20] With the defence of automatism precluded by operation of s. 33.1, Mr. Chan argued that he was not criminally responsible by reason of brain trauma which, alone or in connection with the effect of the intoxicant, amounted to mental disorder under s. 16. The parties disagreed about whether Mr. Chan was suffering from a brain injury and, if so, whether it played a part in his violent conduct. Mr. Chan argued that but for the brain injury, he would not have been psychotic from consuming the mushrooms. The Crown argued that the primary cause of Mr. Chan's psychosis was his voluntary consumption of the mushrooms. The trial judge was required to consider, first, whether Mr. Chan was suffering from a mental disorder at the time of the offence and, second, if that mental disorder rendered him incapable of appreciating the nature and quality of his actions, or incapable of knowing they were wrong.

[21] Mr. Chan did not satisfy the applicable requirements under s. 16. The evidence disclosed a mild traumatic brain injury. The trial judge could not conclusively say that the brain injury rendered Mr. Chan incapable of appreciating the nature and quality of his actions or of knowing they were wrong. The progression of his psychosis suggested that the ingestion of psilocybin was the primary cause of Mr. Chan's impaired state. The judge found that "Mr. Chan experienced a sudden onset of psychosis that coincided directly with the ingestion and absorption of magic mushrooms" (para. 134 (CanLII)). While the trial

(*ibid.*). De plus, aucune des décisions antérieures en matière constitutionnelle n'avait pu bénéficier du jugement de la Cour dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, sur la relation entre l'art. 7 et l'article premier (par. 58). Il a conclu qu'il était libre d'examiner la question de nouveau.

[19] Le juge du procès a ensuite décidé que l'art. 33.1 violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, mais qu'il était sauvegardé par l'article premier.

(2) Jugement sur le fond, 2018 ONSC 7158 (le juge Boswell)

[20] La défense d'automatisme étant exclue par l'application de l'art. 33.1, M. Chan a soutenu qu'il n'était pas criminellement responsable en raison d'une lésion cérébrale qui, à elle seule ou en lien avec l'effet d'une substance intoxicante, équivalait à un trouble mental au titre de l'art. 16. Les parties ne s'entendaient pas sur la question de savoir si M. Chan souffrait d'une lésion cérébrale et, le cas échéant, si cette lésion avait joué un rôle dans son comportement violent. Monsieur Chan a soutenu que s'il n'avait pas eu de lésion cérébrale, il n'aurait pas vécu de psychose à la suite de la consommation de champignons. La Couronne a fait valoir que la principale cause de la psychose de M. Chan était sa consommation volontaire de champignons. Le juge du procès était tenu de se demander, premièrement, si M. Chan était atteint de troubles mentaux au moment de l'infraction et, deuxièmement, si ces troubles mentaux le rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de ses actions, ou de savoir qu'elles étaient répréhensibles.

[21] Monsieur Chan ne satisfaisait pas aux exigences prescrites par l'art. 16. Les éléments de preuve indiquaient une lésion traumatique légère du cerveau. Le juge du procès ne pouvait affirmer de façon incontestable que la lésion cérébrale rendait M. Chan incapable de juger de la nature et de la qualité de ses actions, ou de savoir qu'elles étaient répréhensibles. La progression de sa psychose suggérait que l'ingestion de psilocybine était la principale cause de son état de conscience diminuée. Le juge a conclu que [TRA-
DUCTION] « M. Chan a vécu un épisode soudain de psychose qui coïncidait directement avec l'ingestion

judge found that Mr. Chan “was incapacitated by the effects of the drugs he consumed” (par. 143), I note that he made no specific finding that Mr. Chan was in a state of self-induced intoxication akin to non-mental disorder automatism.

[22] Mr. Chan was convicted of manslaughter and aggravated assault. He was later sentenced to a global sentence of five years, reduced to three and a half years after credit reductions (2019 ONSC 1400).

- (3) Application to Re-open Constitutional Challenge, 2019 ONSC 783, 428 C.R.R. (2d) 81 (Boswell J.)

[23] After sentencing, Mr. Chan applied to re-open the case to re-argue the constitutional issue. He said that *R. v. McCaw*, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359, which had been rendered subsequently, declared s. 33.1 unconstitutional and therefore presented a renewed opportunity to consider the question. In *McCaw*, Spies J. said she was bound by *Dunn*. Spies J. held that once a provision is declared unconstitutional, it is invalid and “off the books” (para. 76) for all future cases by operation of s. 52(1) and as directed in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96. In other words, judges of concurrent jurisdiction are bound by a declaration of unconstitutionality. On that basis, argued Mr. Chan, the trial judge had been bound by the prior declaration of unconstitutionality in *Dunn* when he considered the application of s. 33.1 here.

[24] Boswell J. dismissed Mr. Chan’s application to re-open the case. *McCaw* was not an accurate statement of the law. Relying on *Spruce Mills*, a proper understanding of the rule of horizontal *stare decisis* is that relevant decisions of the same level of court should be followed as a matter of judicial comity, unless there are compelling reasons that justify

et l’absorption de champignons magiques » (par. 134 (CanLII)). Bien que le juge du procès ait conclu que M. Chan [TRADUCTION] « avait été privé de ses moyens par les effets des drogues consommées » (par. 143), je constate qu’il n’a tiré aucune conclusion précise selon laquelle M. Chan était dans un état d’intoxication volontaire s’apparentant à l’automatisme sans troubles mentaux.

[22] Monsieur Chan a été déclaré coupable d’homicide involontaire coupable et de voies de fait graves. Il a plus tard été condamné à une peine globale de cinq ans, réduite à trois ans et demi en raison du temps passé en détention présentencielle (2019 ONSC 1400).

- (3) Demande de réexamen de la contestation constitutionnelle, 2019 ONSC 783, 428 C.R.R. (2d) 81 (le juge Boswell)

[23] Après le prononcé de la peine, M. Chan a demandé la réouverture des débats afin de présenter de nouvelles observations sur la question constitutionnelle. Il a affirmé que dans la décision *R. c. McCaw*, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359, qui avait été rendue ultérieurement, l’art. 33.1 avait été déclaré inconstitutionnel; la décision offrait donc une nouvelle occasion d’examiner la question. Dans l’affaire *McCaw*, la juge Spies y a affirmé qu’elle était liée par la décision *Dunn*. Elle a conclu qu’une fois qu’une disposition est déclarée inconstitutionnelle, elle est invalide et [TRADUCTION] « retirée du corpus législatif » (par. 76) pour l’avenir, par l’effet du par. 52(1) et comme il est prévu dans l’arrêt *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96. Autrement dit, une déclaration d’inconstitutionnalité lie les juges de juridiction concurrente. Sur ce fondement, M. Chan a soutenu que la déclaration antérieure d’inconstitutionnalité dans la décision *Dunn* liait le juge du procès lorsqu’il a envisagé l’application de l’art. 33.1 en l’espèce.

[24] Le juge Boswell a rejeté la demande de réouverture des débats présentée par M. Chan. La décision *McCaw* ne représentait pas un énoncé exact du droit. Sur le fondement du jugement *Spruce Mills*, une bonne compréhension du principe du *stare decisis* horizontal veut que les décisions pertinentes du même niveau de juridiction soient suivies en raison de la courtoisie

departing therefrom. *Spruce Mills* set out three criteria for departure, which were summarized correctly, in his view, by Strathy J. in *Scarlett* as “plainly wrong” (para. 41).

[25] For Boswell J., *McCaw* misinterpreted the statements by McLachlin C.J. in *Ferguson* that an unconstitutional law is “effectively removed from the statute books” (para. 65). McLachlin C.J. did not express the view that judges of coordinate jurisdiction could not review or reconsider an order striking down a provision under s. 52. *Ferguson* was not about horizontal *stare decisis*. Boswell J. preferred Strathy J.’s reading of *Ferguson*, which acknowledged the *erga omnes* (“against all” or, as is sometimes said, “against the world”) character of a declaration of unconstitutionality but did not extend that effect to courts of coordinate jurisdiction. The question remained as to whether the prior ruling is plainly wrong and there are salient reasons for correcting the error. With respect to *Dunn*, there were good reasons to depart from precedent. The s. 1 analysis was plainly wrong; *Bedford* had changed the relationship between ss. 7 and 1. Moreover there were inconsistent rulings on the matter of the constitutionality of s. 33.1 across the country.

C. *Court of Appeal for Ontario, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353 (Paciocco J.A., Watt J.A. concurring; Lauwers J.A. concurring in the result)*

[26] The Court of Appeal allowed the appeals and held that s. 33.1 is unconstitutional and of no force or effect. The Court of Appeal’s judgment on this point is reviewed in *Brown* and need not be recounted here in detail. For the purposes of this case, I need only note that Paciocco J.A.’s careful reasoning on ss. 7 and 11(d) has been affirmed in *Brown*. In addition, although my own justification analysis differs from that of Paciocco and Lauwers J.A., I agree with their

judiciaire, à moins que des raisons impérieuses justifient de ne pas le faire. Le jugement *Spruce Mills* énonçait trois critères qui justifient que l’on s’écarte de telles décisions, lesquels ont été bien résumés, de l’avis du juge Boswell, par le juge Strathy dans la décision *Scarlett* comme étant le critère de la décision [TRADUCTION] « manifestement erronée » (par. 41).

[25] Pour le juge Boswell, les énoncés de la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Ferguson* portant qu’une disposition inconstitutionnelle est « de fait, retirée du corpus législatif » (par. 65) sont mal interprétés dans la décision *McCaw*. La juge en chef McLachlin ne s’est pas dite d’avis que les juges de juridiction équivalente ne peuvent pas examiner ou réviser une ordonnance annulant une disposition en application de l’art. 52. L’arrêt *Ferguson* ne portait pas sur le principe du *stare decisis* horizontal. Le juge Boswell préférait l’interprétation que le juge Strathy a faite de l’arrêt *Ferguson*, qui reconnaissait le caractère *erga omnes* (« opposable à tous ») d’une déclaration d’inconstitutionnalité, mais qui n’étendait pas cet effet aux tribunaux de juridiction équivalente. Il restait à établir si la décision antérieure était manifestement erronée et s’il y avait des raisons pertinentes de corriger l’erreur. En ce qui concerne la décision *Dunn*, il y avait de bonnes raisons de s’écarter du précédent. L’analyse fondée sur l’article premier était manifestement erronée; l’arrêt *Bedford* avait changé la relation entre l’art. 7 et l’article premier. De plus, il y avait des décisions contradictoires quant à la constitutionnalité de l’art. 33.1 à l’échelle du pays.

C. *Cour d’appel de l’Ontario, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353 (le juge Paciocco, avec l’accord du juge Watt; le juge Lauwers, motifs concordants quant au résultat)*

[26] La Cour d’appel a accueilli les pourvois et conclu que l’art. 33.1 est inconstitutionnel et inopérant. L’arrêt de la Cour d’appel sur cette question est analysé dans l’arrêt *Brown*, et il n’est pas nécessaire de le reprendre ici en détail. Pour la présente affaire, je n’ai qu’à mentionner que le raisonnement soigné du juge Paciocco concernant l’art. 7 et l’al. 11d) a été confirmé dans l’arrêt *Brown*. De plus, bien que ma propre analyse de la justification diffère de celle des

ultimate conclusion: s. 33.1 cannot be saved by s. 1. Their conclusion that s. 33.1 is inconsistent with the *Charter* and of no force or effect is equally applicable in these two appeals.

[27] Speaking for the Court on this point, Paciocco J.A. addressed the issue of whether the trial judge in Mr. Chan's case was bound by precedent of a court of coordinate jurisdiction in the province to accept the unconstitutionality of s. 33.1.

[28] In his view, the ordinary rules of *stare decisis* apply when superior courts in first instance consider whether to follow previous declarations of unconstitutionality made by the same court. He distinguished several cases that purported to stand for the proposition that a declaration is binding on other superior court judges unless successfully appealed by the Crown (paras. 34-35, referring to *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; and *Ferguson*). These cases made statements to the effect that a provision inconsistent with the Constitution "is invalid from the moment it is enacted" in all future cases and is "effectively removed from the statute books" (*Martin*, at paras. 28 and 31; see *Ferguson*, at para. 65; *Hislop*, at para. 82). Paciocco J.A. read these cases as describing the effect of s. 52(1) declarations rendered by the Supreme Court because it is the apex court in Canada. They did not oust the principles of *stare decisis* generally nor did they pertain to declarations made by lower courts.

[29] If all s. 52(1) declarations were binding, wrote Paciocco J.A., accuracy would be compromised. For example, if three superior court judges in succession upheld a provision, but a fourth judge's ruling declared it to be of no force and effect, only the fourth judge's ruling would take hold within a province absent an appeal by the Crown. The development of the law

juges Paciocco et Lauwers, je souscris à leur ultime conclusion : l'art. 33.1 ne peut être sauvegardé par l'article premier. Leur conclusion que l'art. 33.1 est incompatible avec la *Charte* et inopérant est également applicable dans ces deux pourvois.

[27] S'exprimant au nom de la Cour d'appel sur ce point, le juge Paciocco a abordé la question de savoir si le juge du procès dans le cas de M. Chan était lié par un précédent d'un tribunal de juridiction équivalente dans la province et était tenu d'accepter l'inconstitutionnalité de l'art. 33.1.

[28] À son avis, les règles ordinaires du *stare decisis* s'appliquent lorsque les cours supérieures de première instance se demandent s'il y a lieu de suivre les déclarations antérieures d'inconstitutionnalité prononcées par la même cour. Il a soulevé l'inapplicabilité de plusieurs affaires qui appuyaient la proposition selon laquelle une déclaration d'inconstitutionnalité lie les autres juges d'une cour supérieure, à moins qu'un appel interjeté par la Couronne soit accueilli (par. 34-35, se référant à *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; et *Ferguson*). Ces arrêts comprenaient des énoncés selon lesquels une disposition incompatible avec la Constitution « est invalide dès son adoption » pour tous les cas futurs et est, « de fait, retirée du corpus législatif » (*Martin*, par. 28 et 31; voir *Ferguson*, par. 65; *Hislop*, par. 82). Le juge Paciocco a interprété ces décisions comme décrivant l'effet des déclarations fondées sur le par. 52(1) rendues par la Cour suprême à titre de cour de dernière instance au Canada. Elles n'écartaient pas les principes du *stare decisis* de façon générale et ne se rapportaient pas non plus aux déclarations faites par des tribunaux inférieurs.

[29] Si toutes les déclarations faites en application du par. 52(1) faisaient autorité, écrit le juge Paciocco, l'exactitude en serait compromise. Par exemple, si trois juges de cour supérieure confirment successivement une disposition, mais qu'un quatrième juge la déclare inopérante, seule la décision du quatrième juge serait retenue dans une province si la Couronne

would be “driven by coincidence” rather than by the “quality of the judicial ruling” (para. 37).

[30] The principles in *Spruce Mills* and *Scarlett* were affirmed. Applied to the context of s. 52(1) declarations of unconstitutionality, a superior court judge faced with a prior judgment of a court of coordinate jurisdiction should apply that precedent and treat the provision as having no force or effect unless, by exception to the principle of horizontal *stare decisis*, the earlier decision is plainly wrong. The trial judge was correct to decide that he was not bound by *Dunn* and entitled to consider the issue afresh.

[31] Having declared s. 33.1 unconstitutional and of no force or effect, Paciocco J.A. entered acquittals for Mr. Sullivan on his assault charges. Mr. Chan was entitled to a new trial, but not acquittals. The trial judge made no finding that Mr. Chan was acting involuntarily. Instead, the trial judge rejected Mr. Chan’s claim that he should be found not criminally responsible, a claim that does not require the establishment of automatism. Mr. Chan should have the opportunity to invoke the defence of non-mental automatism and lead evidence in that regard at a new trial.

IV. Issues

[32] As noted, the Crown appeals on the constitutionality of s. 33.1 cannot succeed for the reasons stated in *Brown*. The Court of Appeal correctly concluded that s. 33.1 infringes ss. 7 and 11(d) and cannot be saved under s. 1.

[33] There are two remaining issues in these appeals:

1. On what basis can a declaration issued by a superior court pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* be considered binding on courts of coordinate jurisdiction?

n’interjette pas appel. L’évolution du droit serait [TRADUCTION] « dictée par le hasard » plutôt que par la « qualité des décisions judiciaires » (par. 37).

[30] Les principes énoncés dans les décisions *Spruce Mills* et *Scarlett* ont été confirmés. Dans le contexte des déclarations d’inconstitutionnalité faites en application du par. 52(1), devant un jugement antérieur d’un tribunal de juridiction équivalente, un juge de cour supérieure devrait appliquer ce précédent et considérer la disposition comme étant inopérante à moins, par exception au principe du *stare decisis* horizontal, que la décision antérieure soit manifestement erronée. Le juge du procès a eu raison de décider qu’il n’était pas lié par la décision *Dunn* et qu’il pouvait examiner la question de nouveau.

[31] Puisqu’il a déclaré l’art. 33.1 inconstitutionnel et inopérant, le juge Paciocco a acquitté M. Sullivan quant aux accusations de voies de fait. Monsieur Chan a eu droit à un nouveau procès, mais pas à des acquittements. Le juge du procès n’a pas conclu que M. Chan avait agi de façon involontaire. Il a plutôt rejeté l’argument de M. Chan selon lequel il ne devrait pas être déclaré criminellement responsable, argument pour lequel il n’est pas nécessaire que l’automatisme soit établi. Monsieur Chan devrait avoir la possibilité d’invoquer la défense d’automatisme sans troubles mentaux et de présenter des éléments de preuve à cet égard lors du nouveau procès.

IV. Questions en litige

[32] Comme il a été souligné, les appels de la Couronne concernant la constitutionnalité de l’art. 33.1 ne peuvent être accueillis pour les motifs énoncés dans l’arrêt *Brown*. La Cour d’appel a conclu à juste titre que l’art. 33.1 contrevient à l’art. 7 et à l’al. 11d) et ne peut être sauvegardé par l’article premier.

[33] Il reste deux questions à trancher dans les présents pourvois :

1. Sur quel fondement peut-on considérer qu’une déclaration prononcée par une cour supérieure en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* lie les tribunaux de juridiction équivalente?

2. Does the Court have jurisdiction to hear Mr. Chan’s cross-appeal? If so, is he entitled to an acquittal? If not, is he nevertheless entitled to a stay of proceedings?

[34] For the reasons that follow, I conclude on the first issue that the ordinary rules of *stare decisis* and judicial comity apply to declarations of unconstitutionality issued by superior courts within the same province. On the second issue, I conclude the Court lacks jurisdiction to hear the cross-appeal. I would not order a stay. The Court of Appeal’s order for a new trial for Mr. Chan should be upheld, as should the acquittals it entered for Mr. Sullivan.

V. Analysis

A. *Section 52(1) Declarations of Unconstitutionality and Horizontal Stare Decisis*

[35] Presented in the General Part of the *Constitution Act, 1982* under the heading “Primacy of Constitution of Canada”, s. 52(1) provides:

52 (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[36] The parties disagree on the rules that apply after a superior court declares a law inconsistent with the *Charter* and thus of no force or effect pursuant to s. 52(1).

[37] Mr. Sullivan observes that at the time he was convicted at trial, s. 33.1 had already been declared of no force and effect by other judges of the superior court in the province of Ontario. He recalls that starting in *Dunn*, in 1999, four separate superior court judgments were rendered “striking [s. 33.1] down” (R.F., at para. 85). Mr. Sullivan says that a declaration issued by a court of coordinate jurisdiction under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* invalidates the law for all future cases. In deciding the contrary,

2. La Cour a-t-elle compétence pour instruire le pourvoi incident de M. Chan? Dans l’affirmative, a-t-il droit à un acquittement? Sinon, a-t-il néanmoins droit à un arrêt des procédures?

[34] Pour les motifs qui suivent, je conclus quant à la première question que les règles ordinaires du *stare decisis* et de la courtoisie judiciaire s’appliquent aux déclarations d’inconstitutionnalité prononcées par les cours supérieures dans une même province. Quant à la deuxième question, je conclus que la Cour n’a pas compétence pour instruire le pourvoi incident. Je n’ordonnerais pas un arrêt des procédures. L’ordonnance de la Cour d’appel visant la tenue d’un nouveau procès pour M. Chan devrait être confirmée, tout comme les acquittements qu’elle a inscrits pour M. Sullivan.

V. Analyse

A. *Déclarations d’inconstitutionnalité fondées sur le par. 52(1) et stare decisis horizontal*

[35] Énoncé parmi les dispositions générales de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sous l’intertitre « Primauté de la Constitution du Canada », le par. 52(1) prévoit ce qui suit :

52 (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[36] Les parties ne s’entendent pas sur les règles qui s’appliquent lorsqu’une cour supérieure déclare qu’une disposition législative est incompatible avec la *Charte* et donc inopérante en application du par. 52(1).

[37] Monsieur Sullivan fait remarquer qu’au moment où il a été déclaré coupable au procès, l’art. 33.1 avait déjà été déclaré inopérant par d’autres juges de cour supérieure dans la province d’Ontario. Il rappelle qu’à la suite de la décision *Dunn*, en 1999, quatre jugements distincts de cours supérieures [TRADUCTION] « invalidant [l’art. 33.1] » ont été rendus (m.i., par. 85). Monsieur Sullivan affirme qu’une déclaration prononcée par un tribunal de juridiction équivalente en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle*

the trial judge in Mr. Chan’s case and the Court of Appeal failed to recognize the effect on the law of the declaration issued under s. 52(1). Paciocco J.A., writing for a unanimous court on this point in appeal, erred in deciding that the matter is governed by the ordinary principles of *stare decisis* and by adopting the test of judicial comity explained in *Scarlett and Spruce Mills*.

[38] Mr. Sullivan, along with a number of interveners, submit that a superior court only “discovers” that a law is unconstitutional when it issues a declaration pursuant to s. 52(1) — the law becomes of no force or effect through the operation of s. 52(1). He relies on statements from this Court which characterize a s. 52(1) declaration as rendering the law “null and void”, a finding which applies “for all future cases” and that the law is unenforceable because it is “effectively removed from the statute books” (*Martin*, at para. 31; *Ferguson*, at para. 65, *Hislop*, at para. 82). Consistent with those statements, says Mr. Sullivan, when a superior court issues a s. 52(1) declaration of unconstitutionality, the impugned provision is nullified both prospectively and retrospectively. The intervener British Columbia Civil Liberties Association argues further that, by its nature, a s. 52(1) declaration by a superior court has universal effect beyond the parties “for all Canadians” and thus must bind courts across the country. The intervener Advocates for the Rule of Law adds that a s. 52(1) declaration derives its force from the Constitution and that permitting the government to relitigate a law’s constitutionality after it has been declared of no force or effect would be inconsistent with the Constitution’s remedial scheme. Finally, the Canadian Civil Liberties Association intervenes to warn of the potential undermining of the rule of law and consequential unpredictability if the ordinary rules of *stare decisis* apply.

de 1982 invalide la disposition contestée pour l’avenir. En décidant le contraire, le juge du procès dans le cas de M. Chan et la Cour d’appel n’ont pas reconnu l’effet sur la disposition contestée de la déclaration faite en application du par. 52(1). Le juge Paciocco, s’exprimant au nom de la Cour d’appel dans des motifs unanimes sur ce point, aurait commis une erreur en décidant que la question était régie par les règles ordinaires du *stare decisis* et en adoptant le critère de la courtoisie judiciaire expliqué dans les décisions *Scarlett* et *Spruce Mills*.

[38] Monsieur Sullivan, de même que plusieurs intervenants, soutiennent qu’une cour supérieure ne fait que [TRADUCTION] « constater » qu’une disposition législative est inconstitutionnelle lorsqu’elle prononce une déclaration fondée sur le par. 52(1) — la disposition contestée devient inopérante par l’application du par. 52(1). Il se fonde sur les énoncés de la Cour selon lesquels une déclaration prononcée en application du par. 52(1) rend la disposition « inopérante », conclusion qui s’applique « pour l’avenir » et selon laquelle la disposition est inexécutoire parce qu’elle est, « de fait, retirée du corpus législatif » (*Martin*, par. 31; *Ferguson*, par. 65; *Hislop*, par. 82). Conformément à ces énoncés, M. Sullivan affirme que lorsqu’une cour supérieure prononce une déclaration d’inconstitutionnalité en application du par. 52(1), la disposition contestée est annulée autant pour l’avenir que rétroactivement. L’intervenante la British Columbia Civil Liberties Association soutient en outre que par sa nature, une déclaration d’une cour supérieure fondée sur le par. 52(1) a un effet universel allant au-delà des parties et touchant [TRADUCTION] « tous les Canadiens », et doit donc lier les tribunaux à l’échelle du pays. L’intervenant Advocates for the Rule of Law ajoute qu’une déclaration fondée sur le par. 52(1) tire son autorité de la Constitution, et que permettre au gouvernement de remettre en cause la constitutionnalité d’une disposition législative après qu’elle a été déclarée inopérante serait incompatible avec le régime de réparation prévu par la Constitution. Enfin, l’Association canadienne des libertés civiles intervient pour nous mettre en garde contre le risque potentiel que la primauté du droit soit minée et l’imprévisibilité qui en découlerait si les règles ordinaires du *stare decisis* s’appliquaient.

[39] Although it argues that the Court of Appeal made no mistake in holding that the ordinary rules of *stare decisis* apply here, the Crown recalls that the matter is technically moot. Even if the trial judges were obliged to follow *Dunn*, this Court is not so bound and the lower courts' failure to do so has no practical impact on the outcome of these appeals. But, says the Crown, the question raised by Mr. Sullivan should still be decided.

[40] I agree that the matter can and should be decided here (*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 29(3); *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566, at paras. 18-26). The question is one of public importance to the conduct of constitutional litigation in courts of first instance in Canada. Moreover the question was carefully considered by the courts below and, in this Court, has been addressed by the parties with additional submissions on either side of the question by interveners.

[41] On the substance of the matter, the Crown argues that while s. 52(1) declarations are *erga omnes* in nature, they do not necessarily stand as authority for all future cases to be decided of coordinate jurisdiction or bind across the country. Mr. Sullivan's approach compromises the rule of law by allowing for erroneous findings of unconstitutionality to stand. The rules of *stare decisis* provide the flexibility needed to balance finality with correctness.

[42] The Attorneys General of British Columbia, Quebec and Canada intervene in support of the Crown's position. British Columbia submits that a s. 52(1) declaration should be reconsidered only where there is palpable and overriding error or where the threshold in *Bedford* is met. Quebec argues the "plainly wrong" standard should be qualified; a previous decision should only be set aside where there

[39] Bien qu'elle fasse valoir que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en concluant que les règles ordinaires du *stare decisis* s'appliquent en l'espèce, la Couronne rappelle que l'affaire est en principe théorique. Même si les juges du procès étaient tenus de suivre la décision *Dunn*, la Cour n'est pas liée par celle-ci et le défaut des tribunaux inférieurs de le faire n'a aucun effet concret sur l'issue des présents pourvois. La Couronne soutient toutefois que la question soulevée par M. Sullivan devrait tout de même être tranchée.

[40] Je suis d'accord pour dire que la question peut et devrait être tranchée par la Cour (*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, par. 29(3); *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 18-26). Elle revêt une importance pour le public quant au déroulement d'un litige constitutionnel devant les tribunaux de première instance au Canada. De plus, la question a été soigneusement examinée par les tribunaux de juridiction inférieure et, devant la Cour, elle a été soulevée par les parties et les intervenants ont présenté des points de vue opposés sur la question.

[41] Sur le fond de la question, la Couronne soutient que même si les déclarations fondées sur le par. 52(1) ont un caractère *erga omnes* de par leur nature, elles ne feront pas nécessairement autorité pour toutes les affaires futures qui seront tranchées par des tribunaux de juridiction équivalente ou ne lieront pas nécessairement tous les tribunaux à l'échelle du pays. L'approche de M. Sullivan compromet la primauté du droit en permettant que des conclusions erronées d'inconstitutionnalité soient maintenues. Les règles du *stare decisis* offrent la souplesse nécessaire pour mettre en balance le caractère définitif d'une décision et sa justesse.

[42] Les procureurs généraux de la Colombie-Britannique, du Québec et du Canada interviennent à l'appui de la position de la Couronne. Le procureur général de la Colombie-Britannique fait valoir qu'une déclaration fondée sur le par. 52(1) devrait être réexaminée seulement lorsqu'il y a une erreur manifeste et déterminante ou lorsque le critère établi dans l'arrêt *Bedford* est satisfait. Selon le procureur général du

is a new question of law or a change in the situation or evidence that leads to materially different circumstances. Canada observes that disagreement between lower courts helpfully generates considered opinions upon which appellate courts can rely for their own reasoning.

[43] For the reasons that follow, I agree with the Crown that the trial judge was not strictly bound by the prior declaration by a court of coordinate jurisdiction by virtue of s. 52(1). In my respectful view, Mr. Sullivan’s understanding of the effect of a declaration under s. 52(1) is mistaken. A s. 52(1) declaration of unconstitutionality reflects an ordinary judicial task of determining a question of law, in this case with respect to the consistency of a law with the requirements of the *Charter*. Questions of law are governed by the normal rules and conventions that constrain courts in the performance of their judicial tasks.

[44] In the result, I agree with the conclusion reached by Paciocco J.A. that the ordinary principles of *stare decisis* govern the manner in which a declaration issued by a court under s. 52(1) affects how courts of coordinate jurisdiction in the province should decide future cases raising the same issue. I would however clarify the situations when a superior court may depart from a prior judgment of a court of coordinate jurisdiction. The standard is not that the prior decision was “plainly wrong”. A superior court judge in first instance should follow prior decisions made by their own court on all questions of law, including questions of constitutional law, unless one or more of the exceptions in *Spruce Mills* are met.

Québec, la norme de la décision « manifestement erronée » devrait être nuancée; une décision antérieure ne devrait être écartée que lorsqu’il y a une nouvelle question de droit ou une modification de la situation ou de la preuve qui change radicalement la donne. Le procureur général du Canada observe qu’un désaccord entre les tribunaux d’instances inférieures peut permettre de générer des opinions éclairées qui sont utiles pour les cours d’appel, qui pourront s’en servir pour élaborer leur propre raisonnement.

[43] Pour les motifs qui suivent, je suis d’accord avec la Couronne pour dire que le juge du procès n’était pas strictement lié par la déclaration antérieure d’un tribunal de juridiction équivalente en raison du par. 52(1). À mon avis, la compréhension qu’a M. Sullivan de l’effet d’une déclaration au titre du par. 52(1) est erronée. Une déclaration d’inconstitutionnalité fondée sur le par. 52(1) est le résultat d’une tâche judiciaire ordinaire consistant à trancher une question de droit, en l’espèce concernant la conformité d’une disposition législative aux exigences de la *Charte*. Les questions de droit sont régies par les règles et conventions ordinaires qui limitent les tribunaux dans l’exécution de leurs tâches judiciaires.

[44] Ainsi, je souscris à la conclusion du juge Paciocco selon laquelle les règles ordinaires du *stare decisis* régissent l’impact d’une déclaration prononcée par un tribunal en application du par. 52(1) sur les décisions que devraient prendre les tribunaux de juridiction équivalente dans les affaires futures soulevant la même question. Je préciserais toutefois les situations où une cour supérieure peut s’écarter d’un jugement antérieur d’un tribunal de juridiction équivalente. La norme n’est pas celle de la décision antérieure « manifestement erronée ». Un juge de cour supérieure de première instance devrait suivre les décisions antérieures rendues par la cour dont il est membre sur toutes les questions de droit, notamment les questions de droit constitutionnel, à moins que l’une ou plusieurs des exceptions établies dans la décision *Spruce Mills* s’applique.

(1) Section 52(1) Declarations of Unconstitutionality Reflect the Exercise of Judicial Power to Decide Questions of Law

[45] I start with a simple point: in issuing a declaration that a law is inconsistent with the Constitution and thus of no force or effect, a judge is exercising an ordinary judicial power to determine a question of law. Given the nature of the power they exercise, judges cannot in a literal sense “strike down legislation” when they review the consistency of the law with the Constitution under s. 52(1). Mr. Sullivan misconstrues the power of judges when he says that the effect of a declaration of unconstitutionality is that the impugned law is removed from the statute books going forward. In our law, legislatures have the power to remove laws from the statute books, or to modify those statutes, not judges (see D. Pinard, “De l’incapacité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles”, in P. Taillon, E. Brouillet and A. Binette, eds., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel: Mélanges en l’honneur d’Henri Brun et de Guy Tremblay* (2016), 329, at p. 342). Professor Pinard convincingly frames this judicial power as one grounded in legal interpretation and recalls the distinction, that she rightly says is sometimes neglected, between legal rules and the textual expression of those rules. Judges, in their interpretative task as it bears on statutory law under s. 52(1), have no power to [TRANSLATION] “alter the text of rules of written law” (p. 329, fn. 2 (emphasis deleted)). She writes:

[TRANSLATION] Judicial review for constitutionality concerns the impugned rule, not the text of written law that expresses the rule. The necessary legislative reworking, if any, will only be done after the judgment of unconstitutionality, by the relevant legislature. [p. 347]

[46] Contrary to what Mr. Sullivan suggests, while s. 33.1 was declared to be inconsistent with the Constitution and of no force or effect in *Dunn*, it was not, by the effect of that judgment, “struck from the books”. As I seek to explain below, when this Court in *Ferguson* stated that a law is effectively removed from the statute books, it was not speaking in literal

(1) Les déclarations d’inconstitutionnalité fondées sur le par. 52(1) sont le résultat de l’exercice du pouvoir judiciaire de trancher des questions de droit

[45] Je commence par une observation simple : lorsqu’il déclare qu’une disposition législative est incompatible avec la Constitution et donc inopérante, le juge exerce un pouvoir judiciaire ordinaire de trancher une question de droit. En raison de la nature du pouvoir qu’ils exercent, les juges ne peuvent pas, au sens littéral, « invalider une loi » lorsqu’ils se penchent sur la conformité de la disposition contestée avec la Constitution au titre du par. 52(1). Monsieur Sullivan interprète mal le pouvoir des juges lorsqu’il affirme que l’effet d’une déclaration d’inconstitutionnalité est que la disposition contestée est retirée du corpus législatif pour l’avenir. Dans notre droit, les législatures ont le pouvoir de retirer des lois du corpus législatif, ou encore de les modifier, pas les juges (voir D. Pinard, « De l’incapacité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », dans P. Taillon, E. Brouillet et A. Binette, dir., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : Mélanges en l’honneur d’Henri Brun et de Guy Tremblay* (2016), 329, p. 342). La professeure Pinard expose, de façon convaincante, que ce pouvoir judiciaire est ancré dans l’interprétation juridique et rappelle la distinction qui, souligne-t-elle à juste titre, est parfois négligée entre les règles de droit et leur expression textuelle. Les juges, dans leur tâche d’interprétation des lois au titre du par. 52(1), n’ont aucun pouvoir de « modifier le texte des règles de droit écrit » (p. 329, note 2 (italique omis)). Elle écrit :

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité porte sur la règle contestée, et non pas sur le texte de droit écrit qui l’exprime. Le nécessaire réaménagement législatif, le cas échéant, ne se fera qu’à la suite du jugement d’inconstitutionnalité, par le parlement compétent. [p. 347]

[46] Contrairement à ce que M. Sullivan laisse entendre, lorsque l’art. 33.1 a été déclaré incompatible avec la Constitution et inopérant dans la décision *Dunn*, il n’a pas été, par l’effet de ce jugement, « radié du corpus législatif ». Comme je tâcherai de l’expliquer plus loin, l’énoncé de la Cour dans l’arrêt *Ferguson* selon lequel une disposition législative est de

terms. The effect of the judicial declaration in this case, where s. 33.1 is considered to be inconsistent with the Constitution, is not to annul the law but, as the French text of s. 52(1) makes especially plain, to declare that it is “*inopérante*” (see M.-A. Gervais, “Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien” (2021), 66 *McGill L.J.* 509, at p. 521, at fn. 45, citing P.-A. Côté, “La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés” (1984), 18 *R.J.T.* 105, at pp. 108-10; see also F. Gélinas, “La primauté du droit et les effets d’une loi inconstitutionnelle” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 455, at pp. 463-64).

[47] A second equally simple point flows from the first and also appears to have been neglected by Mr. Sullivan. In authorizing a competent judge to issue a declaration under s. 52(1), the *Constitution Act, 1982* also invites the court to decide an ordinary question of law, albeit one with constitutional implications. Specifically, s. 52(1) asks the court to determine whether the impugned law is “inconsistent with the provisions of the Constitution” and, if so, to measure “the extent of this inconsistency” to decide whether and to what extent the law is of no force or effect. To do so, the court interprets the impugned law and interprets the Constitution. In Mr. Chan’s case, the trial judge was called upon to determine whether there was an inconsistency between the *Charter* and s. 33.1. To decide that, he had to resolve the legal question relating to the meaning of ss. 7, 11(d) and 1 of the *Charter* and the meaning of s. 33.1.

[48] Notwithstanding the heady constitutional context, these are ordinary judicial tasks raising questions of law. Under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, courts are called upon to resolve conflicts between the Constitution and ordinary statutes (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 746). Properly understood, the supremacy clause refers to the hierarchy of laws in the constitutional order. Superior courts are empowered to determine whether a provision is inconsistent with the Constitution in accordance with this hierarchy. These questions of law are no different than other

fait retirée du corpus législatif ne doit pas être interprété au sens littéral. L’effet de la déclaration judiciaire dans la présente affaire, où l’art. 33.1 est considéré comme étant incompatible avec la Constitution, n’est pas d’annuler la disposition contestée mais, comme l’indique clairement la version française du par. 52(1), de la déclarer « inopérante » (voir M.-A. Gervais, « Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien » (2021), 66 *R.D. McGill* 509, p. 521, note 45, citant P.-A. Côté, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés » (1984), 18 *R.J.T.* 105, p. 108-110; voir aussi F. Gélinas, « La primauté du droit et les effets d’une loi inconstitutionnelle » (1988), 67 *R. du B. can.* 455, p. 463-464).

[47] Un deuxième point tout aussi simple découle du premier et semble aussi avoir été négligé par M. Sullivan. En autorisant un juge compétent à prononcer une déclaration au titre du par. 52(1), la *Loi constitutionnelle de 1982* invite aussi le tribunal à trancher une question de droit ordinaire, mais ayant des répercussions sur le plan constitutionnel. Plus particulièrement, le par. 52(1) exige que le tribunal détermine si la disposition contestée est « incompatible[e] » avec la Constitution et, dans l’affirmative, qu’il identifie la portée de cette incompatibilité afin de décider si la disposition législative est inopérante et dans quelle mesure est l’est. Pour ce faire, la cour interprète la disposition contestée et la Constitution. Dans le cas de M. Chan, le juge du procès a été appelé à établir s’il y avait une incompatibilité entre la *Charte* et l’art. 33.1. Pour prendre cette décision, il devait trancher la question juridique relative au sens de l’art. 7, de l’al. 11d) et de l’article premier de la *Charte* et au sens de l’art. 33.1.

[48] Malgré le caractère sérieux du contexte constitutionnel, il s’agit de tâches judiciaires ordinaires soulevant des questions de droit. Au titre du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les tribunaux sont appelés à résoudre des conflits entre la Constitution et des lois ordinaires (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 746). Dûment interprétée, la clause relative à la suprématie de la Constitution se rapporte à la hiérarchie des lois dans l’ordre constitutionnel. Les cours supérieures sont habilitées à déterminer si une disposition est incompatible avec la Constitution selon cette

questions of law decided outside the constitutional context (A. Marcotte, “A Question of Law: (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of Stare Decisis” (2021), 42 *N.J.C.L.* 1, at p. 9). Judicial review of legislation on federalism or *Charter* grounds has been described as a “normal judicial task” similar to the “interpretation of a statute” (P. W. Hogg and W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at § 5-21; R. Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (2015), at p. 55). As judicial review of legislation is an ordinary judicial task consisting of the determination of a question of law, the legal effects of the declaration of unconstitutionality that results should be governed by the ordinary rules of *stare decisis* (Marcotte, at p. 21). In its effect, a declaration of unconstitutionality simply refutes the presumption of constitutionality by deciding that the impugned provisions are inconsistent with the Constitution and therefore of no force or effect. It does not alter the terms of the statute (see, e.g., *R. v. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321 (C.A.), at para. 31; Gervais, at pp. 535-38).

[49] Having indicated my view that a s. 52(1) declaration of unconstitutionality is an ordinary judicial task that involves resolving a question of law rather than an expression of the authority of a superior court to alter the statute book, I now turn to the legal nature and effect of a s. 52(1) declaration beyond the parties to litigation.

(2) Stare Decisis Governs Declarations of Unconstitutionality

[50] Mr. Sullivan argues that an unconstitutional law is invalid from the moment it was first enacted, due to the operation of s. 52(1) and the principle of constitutional supremacy. In effect, s. 52(1) renders a law invalid or “null and void” retrospectively and prospectively. As a result, when a superior court “discovers” that legislation is unconstitutional, absent an appeal, the legislation is null and void for all future cases. In support of this argument, he points specifically to the judgment of Spies J. in *McCaw* who decided she was bound by a previous judgment of her court

hiérarchie. Ces questions de droit ne sont pas différentes des autres questions de droit tranchées en dehors du contexte constitutionnel (A. Marcotte, « A Question of Law : (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of Stare Decisis » (2021), 42 *N.J.C.L.* 1, p. 9). Le contrôle judiciaire des lois fondé sur le fédéralisme ou sur la *Charte* a été décrit comme une [TRADUCTION] « tâche judiciaire normale » semblable à « l’interprétation d’une loi » (P. W. Hogg et W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), § 5-21; R. Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (2015), p. 55). Puisque le contrôle judiciaire des lois est une tâche judiciaire ordinaire consistant à trancher une question de droit, les effets juridiques de la déclaration d’inconstitutionnalité qui en découle devraient être régis par les règles ordinaires du *stare decisis* (Marcotte, p. 21). Par son effet, une déclaration d’inconstitutionnalité réfute simplement la présomption de constitutionnalité en indiquant que les dispositions contestées sont incompatibles avec la Constitution et donc inopérantes. Elle ne modifie pas le libellé de la loi (voir, p. ex., *R. c. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321 (C.A.), par. 31; Gervais, p. 535-538).

[49] Maintenant que j’ai indiqué que selon moi, une déclaration d’inconstitutionnalité fondée sur le par. 52(1) est une tâche judiciaire ordinaire qui comporte la résolution d’une question de droit plutôt que l’expression du pouvoir d’une cour supérieure de modifier le corpus législatif, j’aborde maintenant la nature juridique d’une déclaration fondée sur le par. 52(1) et son effet juridique au-delà des parties au litige.

(2) La règle du stare decisis régit les déclarations d’inconstitutionnalité

[50] Monsieur Sullivan soutient qu’une disposition législative inconstitutionnelle est invalide dès son adoption, en raison de l’application du par. 52(1) et du principe de la suprématie de la Constitution. De fait, le par. 52(1) invalide ou frappe de nullité une disposition législative rétroactivement et pour l’avenir. Par conséquent, quand une cour supérieure « constate » qu’un texte législatif est inconstitutionnel, à défaut d’un appel, la disposition contestée est nulle et non avenue pour l’avenir. À l’appui de cet argument, il signale en particulier le jugement de

in *Dunn* declaring that s. 33.1 was unconstitutional where the Crown had chosen not to appeal. Spies J. relied specifically on *Ferguson* for this conclusion: “To the extent that the law is unconstitutional, it is not merely inapplicable for the purposes of the case at hand. It is null and void, and is effectively removed from the statute books” (*Ferguson*, at para. 65, cited by Spies J. in *McCaw*, at para. 60).

[51] I respectfully disagree.

[52] Understanding the comments of this Court in *Ferguson* requires the reader to recall the context in which that case was rendered. The Court rejected the argument, in connection with the application of mandatory minimum sentences, that individual exemptions be granted by judges from otherwise unconstitutional laws. McLachlin C.J. sought to underscore, in understandably strong language, that a s. 52(1) declaration did not operate on a case-by-case remedial basis as would a constitutional remedy available under s. 24(1) of the *Charter*, but instead that the issuing court’s declaration that the law was of no force or effect was applicable *erga omnes*. The impugned legislation was not to be applied, as a matter of course, to some litigants and not others according to judicial discretion (see *Ferguson*, at para. 35).

[53] That said, *Ferguson* does not change the fact that the declaration remains an exercise of judicial power by which a judge determines a question of law. As such, the determination of that question of law is binding *erga omnes* as a matter precedent, according to the ordinary rules of *stare decisis*, and not because that law has been truly removed from the statute books (see H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at para. I.54). Judges, of course, do not have that latter power. To suggest that, by its use of a figure of speech, this Court lost sight of this is, in my view, a mistaken reading of the case. I note that some scholars have similarly commented upon the formulation of the

la juge Spies dans la décision *McCaw*, qui a décidé qu’elle était liée par la décision *Dunn*, un jugement antérieur de la cour dont elle est membre, où il avait été déclaré que l’art. 33.1 était inconstitutionnel alors que la Couronne avait choisi de ne pas se pourvoir en appel. La juge Spies s’est fondée expressément sur l’arrêt *Ferguson* pour tirer cette conclusion : « Dans la mesure où une disposition législative est inconstitutionnelle, elle n’est pas simplement inapplicable dans l’affaire en cause. Elle est inopérante et, de fait, retirée du corpus législatif » (*Ferguson*, par. 65, cité par la juge Spies dans *McCaw*, par. 60).

[51] Je ne suis pas de cet avis.

[52] Pour comprendre les commentaires formulés par la Cour dans l’arrêt *Ferguson*, le lecteur doit se rappeler le contexte dans lequel cet arrêt a été rendu. Alors qu’elle se penchait sur l’application des peines minimales obligatoires, la Cour a rejeté l’argument selon lequel les juges devraient accorder des exemptions individuelles à l’égard de dispositions législatives par ailleurs inconstitutionnelles. La juge en chef McLachlin a voulu souligner, en des termes à juste titre catégoriques, qu’une déclaration faite en application du par. 52(1) n’avait pas un effet réparateur au cas par cas comme une réparation constitutionnelle pouvant être accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, mais plutôt que la déclaration d’inopérabilité s’appliquait *erga omnes*. La disposition contestée ne pouvait pas s’appliquer, bien entendu, à certains plaideurs et non à d’autres à la discrétion du tribunal (voir *Ferguson*, par. 35).

[53] Cela dit, l’arrêt *Ferguson* ne change rien au fait que la déclaration demeure un exercice du pouvoir judiciaire par lequel un juge tranche une question de droit. Ainsi, la décision sur cette question de droit fait autorité *erga omnes* en tant que précédent, selon les règles ordinaires du *stare decisis* et non parce que la disposition a vraiment été retirée du corpus législatif (voir H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), par. I.54). Évidemment, les juges n’ont pas ce dernier pouvoir. Laisser entendre que, par son emploi d’une figure de style, la Cour a perdu cela de vue me semble une interprétation erronée de l’arrêt. Je note que certains auteurs ont commenté de façon semblable la formulation des remarques dans

observations in *Ferguson* and like observations made by this Court as to the effect of a s. 52(1) declaration (see, e.g., Marcotte, at pp. 13-14 and 16-17; Pinard, at p. 349). Indeed *Ferguson* points to a plain understanding that the declaration issued under s. 52(1) is the exercise of judicial power that has an *erga omnes* vocation. I read the occasional references to s. 52(1) as judgments *in rem* in the cases (see, e.g., *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181, at para. 27), in the same way. A judgment *in rem* applies beyond the immediate parties but, ultimately, even in the context of a s. 52(1) declaration, it remains a judgment: an exercise of judicial power that determines a question of law (*Coquitlam (City) v. Construction Aggregates Ltd.* (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 275 (S.C.), at paras. 11-17, aff'd 2000 BCCA 301, 75 B.C.L.R. (3d) 350, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix, cited in Marcotte, at p. 14, fn. 64; see also L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4th ed. 2016), at p. 158). It is binding precedent, to be sure, but within the proper limits of the doctrine of *stare decisis*.

[54] I am thus content to read *Ferguson* as a useful figure of speech rather than take what the Court said in literal terms. McLachlin C.J. sought to show, in connection with the dispute as to remedy before the Court in that case, that under s. 52(1), as opposed to s. 24(1) of the *Charter*, the law was unconstitutional *erga omnes* and not on a case-by-case basis. At a technical level, it is true that the explanation for that is rooted in s. 52(1), as other cases have suggested. But ultimately, that effect requires the exercise of judicial power to declare the law to be unconstitutional. And the exercise of that power requires the judge to make a determination of an ordinary question of law: by interpreting the impugned law and the relevant provisions of the Constitution, whether the impugned law is inconsistent with Canada's supreme law. If so, then the law is, of course, of no force or effect for all future cases, insofar as that judicial declaration made under s. 52(1) by a superior court is binding on other courts and within the right confines of the law relating to precedent. Other decisions of this Court that use the language of "striking out" or "striking down"

l'arrêt *Ferguson* et des remarques analogues faites par la Cour quant à l'effet d'une déclaration fondée sur le par. 52(1) (voir, p. ex., Marcotte, p. 13-14 et 16-17; Pinard, p. 349). En effet, l'arrêt *Ferguson* permet de comprendre clairement que la déclaration prononcée en application du par. 52(1) représente l'exercice d'un pouvoir judiciaire à vocation *erga omnes*. J'interprète que les renvois occasionnels au par. 52(1) valent jugements *in rem* dans la jurisprudence (voir, p. ex., *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181, par. 27), de la même manière. Le jugement *in rem* s'applique au-delà des parties concernées, mais, au bout du compte, même dans le contexte d'une déclaration fondée sur le par. 52(1), il demeure un jugement : l'exercice du pouvoir judiciaire de trancher une question de droit (*Coquitlam (City) c. Construction Aggregates Ltd.* (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 275 (C.S.), par. 11-17, conf. par 2000 BCCA 301, 75 B.C.L.R. (3d) 350, autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. ix, cité dans Marcotte, p. 14, note 64; voir aussi L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4^e éd. 2016), p. 158). Il s'agit, à n'en pas douter, d'un précédent qui fait autorité, mais dans les limites prescrites de la règle du *stare decisis*.

[54] Je me contenterai donc de lire les propos de la Cour dans l'arrêt *Ferguson* comme une figure de style utile au lieu de les prendre au pied de la lettre. La juge en chef McLachlin a cherché à démontrer qu'en ce qui a trait au litige en matière de réparation dont était saisie la Cour dans cette affaire, la disposition législative était inconstitutionnelle *erga omnes* et non au cas par cas, et ce, en application du par. 52(1) plutôt que du par. 24(1) de la *Charte*. Sur le plan technique, il est vrai que l'explication de ce résultat trouve sa source au par. 52(1), comme l'ont indiqué d'autres décisions. Mais au bout du compte, cet effet nécessite l'exercice du pouvoir judiciaire de déclarer la disposition inconstitutionnelle, et l'exercice de ce pouvoir oblige le juge à statuer sur une question de droit ordinaire : en interprétant la disposition contestée et les dispositions pertinentes de la Constitution, il doit décider si la disposition contestée est incompatible avec la loi suprême du Canada. Si tel est le cas, alors la disposition législative est, bien entendu, inopérante pour l'avenir, dans la mesure où cette déclaration judiciaire faite

or “severing” statutory text should be understood in a similarly figurative manner, rendering the text merely inoperative pursuant to s. 52(1) as opposed to altering or repealing the text in the literal sense (see *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 94, and *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, at para. 67, cited in Pinard, at pp. 331-34; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 695; Gervais, at p. 530; see also *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at para. 70; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 15; P. W. Hogg and A. A. Bushell, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, at p. 100).

[55] Similarly, the principle from *Martin* that the “invalidity of a legislative provision inconsistent with the Charter does not arise from the fact of its being declared unconstitutional by a court, but from the operation of s. 52(1)” must be understood in its entire context (para. 28). *Martin* concerned the ability of administrative tribunals to consider the constitutionality of provisions of their enabling statutes (para. 27). Gonthier J. determined that an administrative tribunal empowered to consider and decide questions of law through its enabling statute must also have the power to determine a provision’s consistency with the Charter because its constitutionality is a question of law (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at § 6:3). Such a determination is not binding on future decision-makers (paras. 28 and 31). Importantly, Gonthier J. added that only through “obtaining a formal declaration of invalidity by a [superior] court can a litigant establish the general invalidity of a legislative provision for all future cases” (para. 31), a point taken up in later cases of this Court (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 153; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257, at paras. 43-44; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020]

en application du par. 52(1) par une cour supérieure lie les autres tribunaux dans les limites prescrites du droit relatif au précédent. Dans d’autres décisions, la Cour a utilisé les mots « radier », « annuler » ou « amput[é] » en parlant d’un texte législatif, qu’on devrait considérer comme des figures de style du même ordre, et qui n’ont pour effet que de rendre le texte inopérant en application du par. 52(1), et non de modifier le texte ou de l’abroger littéralement (voir *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 94, et *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, par. 67, cité dans Pinard, p. 331-334; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 695; Gervais, p. 530; voir aussi *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, par. 70; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 15; P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, p. 100).

[55] De même, le principe tiré de l’arrêt *Martin* voulant que l’« invalidité d’une disposition législative incompatible avec la Charte découle non pas d’une déclaration d’inconstitutionnalité par une cour de justice, mais plutôt de l’application du par. 52(1) » doit être situé dans son contexte global (par. 28). L’arrêt *Martin* portait sur la compétence des tribunaux administratifs pour décider de la constitutionnalité d’une disposition de leur loi habilitante (par. 27). Le juge Gonthier a statué qu’un tribunal administratif autorisé par sa loi habilitante à examiner et à trancher des questions de droit doit aussi avoir le pouvoir de juger de la compatibilité d’une disposition avec la Charte, parce que sa constitutionnalité est une question de droit (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), § 6:3). Pareille décision ne lie pas les décideurs qui se prononceront ultérieurement (par. 28 et 31). Qui plus est, le juge Gonthier a ajouté que ce n’est qu’en « obtenant d’une cour [supérieure] une déclaration formelle d’invalidité qu’une partie peut établir, pour l’avenir, l’invalidité générale d’une disposition législative » (par. 31), des propos repris dans les décisions ultérieures de la Cour (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 153; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005

3 S.C.R. 629, at para. 88). In other words, it is the constitutional determination of a superior court judge that binds future decision makers (*R. v. Albashir*, 2021 SCC 48, [2021] 3 S.C.R. 531, at paras. 64-65). The inconsistency spoken to in s. 52(1) is revealed through litigation, specifically the judgment that declares the inoperability of the impugned law. The doctrine of *stare decisis* extends the effect of that judgment beyond the parties to the case, *erga omnes* within the province at least — subject to the limits of the doctrine itself. The issue in these appeals concerns the binding nature of such a judgment, and, in my view, consonant with our jurisprudence, a s. 52(1) declaration establishes unconstitutionality “for all future cases” through the authority of the judgment that makes that declaration. I agree with Paciocco J.A., at para. 34 of the judgment in appeal, that Gonthier J. was not seeking to alter the principles of *stare decisis* in *Martin*.

[56] I add that this explanation does not reduce the declaration to an individual remedy, as some interveners suggest. While it is true that *stare decisis* pertains to the reasons given by a court and a s. 52(1) declaration is a remedy, the reasons explain the status of the impugned law in terms of its consistency with the Constitution. The constitutional status of the law is, as I say, a question of law. The scope of the legal reasoning extends beyond the individual claimant, with effect beyond the parties flowing from the binding character of the judgment as a matter of precedent (*Albashir*, at para. 65). The granting of a personal remedy under s. 24(1), in contrast, is a highly factual exercise, involving the application of law to a specific context — that someone has obtained a s. 24(1) remedy in a case says very little about whether a subsequent claimant is entitled to the same relief (*Ferguson*, at paras. 59-61; *Albashir*, at para. 65).

CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257, par. 43-44; *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629, par. 88). Autrement dit, c’est la décision en matière constitutionnelle d’un juge de cour supérieure qui lie les décideurs qui se prononceront ultérieurement (*R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, [2021] 3 R.C.S. 531, par. 64-65). L’incompatibilité dont il est question au par. 52(1) est révélée par le litige, plus précisément par le jugement qui déclare inapplicable la disposition législative contestée. La règle du *stare decisis* étend l’effet de ce jugement au-delà des parties au litige, *erga omnes* dans la province à tout le moins — sous réserve des limites de la règle elle-même. La question soulevée dans les présents pourvois concerne le caractère obligatoire d’un tel jugement et, à mon sens, conformément à notre jurisprudence, une déclaration faite en application du par. 52(1) établit, « pour l’avenir », l’inconstitutionnalité par l’autorité du jugement qui fait cette déclaration. Je partage l’opinion exprimée par le juge Paciocco, au par. 34 de l’arrêt de la Cour d’appel, suivant laquelle le juge Gonthier ne cherchait pas à modifier les principes du *stare decisis* dans l’arrêt *Martin*.

[56] J’ajouterais que cette explication ne réduit pas la déclaration à une réparation individuelle, comme le laissent entendre certains intervenants. Certes, la règle du *stare decisis* porte sur les motifs exposés par un tribunal et une déclaration faite en application du par. 52(1) constitue une réparation, mais les motifs expliquent la valeur de la disposition contestée en fonction de sa compatibilité avec la Constitution. La constitutionnalité d’une disposition législative est, comme je le dis, une question de droit. La portée du raisonnement juridique dépasse le demandeur individuel, ses effets ne se limitant pas aux parties en raison du caractère obligatoire du jugement à titre de précédent (*Albashir*, par. 65). L’octroi d’une réparation personnelle en vertu du par. 24(1), en revanche, est une entreprise hautement factuelle qui suppose l’application de la disposition à un contexte précis — le fait qu’une personne obtienne une réparation en vertu du par. 24(1) dans une affaire donnée n’indique guère si un demandeur ultérieur aura droit à la même réparation (*Ferguson*, par. 59-61; *Albashir*, par. 65).

[57] In other words, in *McCaw*, Spies J. was right to conclude she was not free to ignore prior decisions but, with respect, she arrived at that conclusion for what appears to be the wrong reason (para. 76). It was right to say that, in considering whether to follow *Dunn*, the court was obliged to consider s. 33.1 as having been declared, by a judge of her court, as unconstitutional. But the result of that declaration was not that s. 33.1 was “off the books” (it remains of course on the books until Parliament chooses to remove it) (para. 76). Spies J. was bound to follow precedent because as a matter of horizontal *stare decisis*, *Dunn* was binding on courts of coordinate jurisdiction in the province as a matter of judicial comity, unless an exception to horizontal *stare decisis* was established. It was true that s. 33.1 was of no force and effect. It was true that the declaration in *Dunn* applied not just to the parties in that case but to all future cases. But, with respect, it was wrong to say that “judicial comity has no relevance to the issue before me” (*McCaw*, at para. 76). If she had concluded that *Dunn* had been rendered *per incuriam* (“through carelessness” or “by inadvertence”), for example, it would not have been binding on the court in *McCaw* based on the ordinary rules of *stare decisis* as interpreted in *Spruce Mills*. Indeed, as suggested by this Court in *Martin*, Spies J. could not apply an invalid law. It is certainly true, as suggested in *Ferguson*, that she had “no discretion” to do so (para. 35). Yet Spies J. was bound, as a matter of precedent, by the prior judgment of a court of coordinate jurisdiction to consider s. 33.1 to be unconstitutional, insofar as the doctrine of horizontal *stare decisis* so required.

[58] By contrast, in Mr. Chan’s case, Boswell J. decided, as a matter of discerning applicable and binding precedent, that *Dunn* did not bind him. While he may have erred in respect of his explanation as to why *Dunn* was not binding, he was right to consider

[57] En d’autres termes, dans la décision *McCaw*, la juge Spies a eu raison de conclure qu’elle n’était pas libre de passer outre à la jurisprudence. Cependant, soit dit avec égards, elle est arrivée à cette conclusion pour ce qui semble être la mauvaise raison (par. 76). Il était juste de dire qu’en se demandant si elle devait suivre la décision *Dunn*, la cour était tenue de considérer l’art. 33.1 comme ayant été déclaré inconstitutionnel par un de ses juges. Toutefois, cette déclaration n’a pas eu pour résultat de « retirer [l’art. 33.1] du corpus législatif » (il fait bien sûr toujours partie du corpus législatif jusqu’à ce que le Parlement choisisse de le retirer) (par. 76). La juge Spies était tenue de suivre le précédent parce qu’en raison du *stare decisis* horizontal, la décision *Dunn* liait les tribunaux de juridiction équivalente dans la province par courtoisie judiciaire, sauf si une exception au *stare decisis* horizontal était établie. Certes, l’art. 33.1 était inopérant. Certes, la déclaration faite dans la décision *Dunn* s’appliquait non seulement aux parties dans cette affaire, mais à toutes les affaires futures. Cependant, soit dit en tout respect, la juge Spies avait tort d’affirmer que [TRADUCTION] « la courtoisie judiciaire n’a rien à voir avec la question dont je suis saisie » (*McCaw*, par. 76). Si elle avait conclu que la décision *Dunn* avait été rendue *per incuriam* (« par imprudence » ou « par inadvertance »), par exemple, cette décision n’aurait pas lié la cour dans la décision *McCaw* sur le fondement de l’interprétation donnée aux règles ordinaires du *stare decisis* dans la décision *Spruce Mills*. En effet, comme l’a indiqué la Cour dans l’arrêt *Martin*, la juge Spies ne pouvait pas appliquer une disposition législative invalide. Il est incontestable, comme il est indiqué dans l’arrêt *Ferguson*, qu’elle ne disposait « [d’]aucun pouvoir discrétionnaire » de le faire (par. 35). Pourtant, la juge Spies était tenue, par le jugement antérieur d’un tribunal de juridiction équivalente ayant valeur de précédent, de juger l’art. 33.1 inconstitutionnel, dans la mesure où l’exigeait la règle du *stare decisis* horizontal.

[58] À l’inverse, dans le cas de M. Chan, le juge Boswell a décidé, au moment de cerner les précédents applicables et faisant autorité, qu’il n’était pas lié par la décision *Dunn*. Bien qu’il ait peut-être commis une erreur dans son explication de la raison pour laquelle

the matter from the point of view of binding precedent and the doctrine of horizontal *stare decisis*.

[59] I would add — and here I likely part company with the Court of Appeal in the present case — that the same principles apply to judicial declarations made by this Court under s. 52(1). I respectfully disagree with the view that, as the apex court in the Canadian judicial system, the Supreme Court of Canada is invested with a special mandate to strike laws from the books. The judges of this Court are judges, not legislators. If it is true that the declarations of this Court under s. 52(1) have a qualitatively different effect than declarations made by judges of other courts, it is on the basis of vertical *stare decisis* — the idea that other courts are bound to follow precedent set by higher judicial authority — and not because the Constitution has invested the judges of this Court with a power that is in some way non-judicial (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, for a related expression of this same idea).

(3) The Role of Federalism and the Rule of Law

[60] The principle of constitutional supremacy cannot dominate the analysis of s. 52(1) to the exclusion of other constitutional principles. Mr. Sullivan points to the idea that an unconstitutional law is invalid from the moment it is enacted. But the strict enforcement of such a principle “cannot easily be reconciled with modern constitutional law” (*Albashir*, at para. 40). Instead, it is subject to a number of exceptions and s. 52(1) must be read “in light of all constitutional principles” (*Albashir*, at paras. 40 and 42; *G*, at para. 88). In *Albashir*, my colleague Karakatsanis J. explained that declarations of unconstitutionality are generally retrospective, consistent with the notion that a law is unconstitutional from its enactment. However, other constitutional principles may require a purely prospective declaration of unconstitutionality or a suspended declaration. Similarly, the legal effect of a s. 52(1) declaration by a superior court must be

il n’était pas lié par cette décision, il a eu raison d’examiner l’affaire sous l’angle du précédent faisant autorité et de la règle du *stare decisis* horizontal.

[59] J’ajouterais — et ici je me dissocie vraisemblablement de la Cour d’appel en l’espèce — que les mêmes principes s’appliquent aux déclarations judiciaires faites par la Cour en application du par. 52(1). Je ne peux souscrire à l’avis qu’à titre de tribunal de dernière instance dans le système judiciaire canadien, la Cour suprême du Canada est investie du mandat spécial de retirer des lois du corpus législatif. Les juges de la Cour sont des juges, non des législateurs. S’il est vrai que les déclarations faites par la Cour en application du par. 52(1) ont un effet différent sur le plan qualitatif que celles des juges d’autres tribunaux, c’est en raison du *stare decisis* vertical — l’idée que les autres tribunaux sont liés par les précédents qu’établit une autorité judiciaire supérieure — et non parce que la Constitution a investi les juges de la Cour d’un pouvoir qui est d’une certaine manière non judiciaire (voir *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, pour une formulation connexe à cette même idée).

(3) Le rôle du fédéralisme et la primauté du droit

[60] Le principe de la suprématie de la Constitution ne saurait dominer l’analyse du par. 52(1) à l’exclusion des autres principes constitutionnels. Monsieur Sullivan attire l’attention sur l’idée qu’une disposition législative inconstitutionnelle est invalide dès son adoption. L’application stricte d’un tel principe « n’est toutefois pas facilement conciliable avec le droit constitutionnel moderne » (*Albashir*, par. 40). Elle est plutôt assujettie à plusieurs exceptions, et le par. 52(1) doit être interprété « à la lumière de tous les principes constitutionnels » (*Albashir*, par. 40 et 42; *G*, par. 88). Dans l’arrêt *Albashir*, ma collègue la juge Karakatsanis a expliqué que les déclarations d’inconstitutionnalité ont généralement un caractère rétroactif, ce qui s’accorde avec l’idée qu’une disposition législative est inconstitutionnelle dès son adoption. Cependant, d’autres principes constitutionnels peuvent commander une déclaration

defined with reference to constitutional supremacy, the rule of law, and federalism.

[61] It is often said there are four fundamental organizing precepts of the Constitution: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law and respect for minorities (see *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 32, 43 and 49). Of particular importance in the context of s. 52(1), the principle of constitutional supremacy must be balanced against federalism and the rule of law (see *Albashir*, at paras. 30 and 34). This point has been neglected by Mr. Sullivan and some of the interveners who argue that a declaration of unconstitutionality has the effect of rendering a law null and void as “against the world” without regard for the territorial limits of the administration of justice within a province. Yet even in *McCaw*, Spies J. understood that effect to be limited to the province (para. 77). Author Mark Mancini acknowledges that this is linked to a proper understanding of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which explains that because superior courts operating “within the province” only have powers within the province, courts of one province are not bound by decisions of courts of another province (“Declarations of Invalidity in Superior Courts” (2019), 28:3 *Const. Forum* 31, at p. 35, relying on *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107; see also Gervais, at p. 561; Brun, Tremblay and Brouillet, at para. I.106). I agree.

[62] Federalism prevents a s. 52(1) declaration issued within one province from binding courts throughout the country: indeed, to allow a declaration of unconstitutionality issued by a superior court in British Columbia to bind a superior court, much less an appellate court, in Quebec or Alberta would be wholly inconsistent with our constitutional structure (see, e.g., *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 70). It cannot be the case that the supremacy clause compels this

d’inconstitutionnalité avec effet purement prospectif ou une déclaration dont la prise d’effet est suspendue. De même, l’effet juridique d’une déclaration faite par une cour supérieure en application du par. 52(1) doit être défini en fonction de la suprématie de la Constitution, de la primauté du droit et du fédéralisme.

[61] On dit souvent que la Constitution compte quatre préceptes directeurs fondamentaux : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités (voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32, 43 et 49). Élément qui revêt une importance particulière dans le contexte du par. 52(1), le principe de la suprématie de la Constitution doit être mis en balance avec le fédéralisme et la primauté du droit (voir *Albashir*, par. 30 et 34). Cet élément a été négligé par M. Sullivan et certains des intervenants qui soutiennent qu’une déclaration d’inconstitutionnalité a pour effet de rendre une disposition nulle et non avenue « à l’égard de tous », sans égard aux limites territoriales de l’administration de la justice dans une province. Pourtant, même dans la décision *McCaw*, la juge Spies estimait qu’une déclaration d’inconstitutionnalité produisait ses effets seulement dans la province (par. 77). L’auteur Mark Mancini reconnaît que cet énoncé découle d’une compréhension adéquate de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; il explique que, comme les cours supérieures exerçant leurs activités « dans la province » ne disposent de pouvoirs que dans celle-ci, les tribunaux d’une province ne sont pas liés par les décisions des tribunaux d’une autre province (« Declarations of Invalidity in Superior Courts » (2019), 28:3 *Forum const.* 31, p. 35, s’appuyant sur *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107; voir aussi Gervais, p. 561; Brun, Tremblay et Brouillet, par. I.106). Je suis du même avis.

[62] Le fédéralisme empêche qu’une déclaration faite en application du par. 52(1) dans une province lie les tribunaux partout au Canada : en effet, permettre qu’une déclaration d’inconstitutionnalité prononcée par une cour supérieure de la Colombie-Britannique lie une cour supérieure, ou même une cour d’appel, du Québec ou de l’Alberta serait tout à fait incompatible avec notre structure constitutionnelle (voir, p. ex., *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 70). Il

outcome, through the simple operation of s. 52(1) (see C.A. reasons, at para. 35). I understand this to be a major obstacle to Mr. Sullivan’s argument, not just as a matter of the territorial scope of the effect of s. 52(1) declarations, but in respect of the theoretical basis for arguing why and how they would operate outside the confines of the ordinary rules of *stare decisis*. If the provision of s. 33.1 was truly “off the books” because a s. 52(1) declaration resulted in it being considered null and void, it is hard to explain why — not least from the perspective of the accused in another province — it would be null and void in one part of the country and not another.

[63] The better view is that s. 33.1 is not null and void, but inoperative by reason of a determination of law made by a judge. That determination is binding, within the province, unless there is valid reason to depart from it. The accused is free to make that argument and a court of coordinate jurisdiction is not irretrievably bound by the prior decision within the province. Needless to say, the declaration of unconstitutionality made by a superior court in one province may be followed in another province because it is persuasive (see, e.g., *Parent v. Guimond*, 2016 QCCA 159, at paras. 11 et seq. (CanLII); Brun, Tremblay and Brouillet, at para. I.105). Thus, I reject the arguments from Mr. Sullivan and the interveners that a s. 52(1) declaration is of such a unique legal character that, once a declaration is issued anywhere in the country, its effect is that the impugned legislation is “no longer in the system” from coast to coast. Instead, a s. 52(1) declaration is the end-result of a judge’s ability to resolve questions of law and should be observed by courts of coordinate jurisdiction within the province as a matter of *stare decisis*: nothing more or less.

[64] It follows there is no supplementary power held by courts when issuing a declaration of unconstitutionality beyond the strictures imposed by the rules

est impossible que la disposition consacrant la primauté de la Constitution commande ce résultat, par la simple application du par. 52(1) (voir motifs de la C.A. par. 35). Cela représente à mes yeux un obstacle de taille à l’argument de M. Sullivan, non seulement en ce qui a trait à la portée territoriale de l’effet des déclarations faites en application du par. 52(1), mais aussi à l’égard du fondement théorique permettant de soutenir pourquoi et de quelle manière ces déclarations s’appliqueraient en dehors du cadre des règles ordinaires du *stare decisis*. Si l’art. 33.1 était vraiment « retiré du corpus législatif » parce qu’une déclaration faite en application du par. 52(1) aurait fait en sorte qu’il soit considéré nul et non avenue, il serait difficile d’expliquer pourquoi — notamment du point de vue d’un accusé dans une autre province — l’art. 33.1 serait nul et non avenue dans une partie du pays et non dans une autre.

[63] Il est plus juste de penser que l’art. 33.1 n’est pas nul et non avenue, mais inopérant en raison d’une décision rendue par un juge sur un point de droit. Une telle décision fait autorité dans la province, sauf s’il y a une raison valable de l’écarter. L’accusé est libre d’avancer cet argument, et un tribunal de juridiction équivalente n’est pas irrémédiablement lié par la décision antérieure qui a été rendue dans la province. Il va sans dire que la déclaration d’inconstitutionnalité faite par une cour supérieure dans une province peut être suivie dans une autre province en raison de sa force persuasive (voir, p. ex., *Parent c. Guimond*, 2016 QCCA 159, par. 11 et suiv. (CanLII); Brun, Tremblay et Brouillet, par. I.105). Par conséquent, je rejette les arguments de M. Sullivan et des intervenants selon lesquels la déclaration faite en application du par. 52(1) a un caractère juridique si unique que, une fois prononcée n’importe où au pays, elle a pour effet que la disposition contestée [TRADUCTION] « disparaît du système » d’un océan à l’autre. Une déclaration faite en application du par. 52(1) est plutôt le résultat final de la capacité d’un juge de résoudre des questions de droit, et elle doit être respectée par les tribunaux de juridiction équivalente dans la province en raison de la règle du *stare decisis*, ni plus ni moins.

[64] En conséquence, les tribunaux ne disposent, au moment de prononcer une déclaration d’inconstitutionnalité, d’aucun pouvoir supplémentaire qui

of *stare decisis*. Precedent requires judges to examine prior judicial decisions, examine the *ratio decidendi* in order to determine whether the *ratio* is binding or distinguishable and, if binding, whether the precedent must be followed or departed from (see M. Rowe and L. Katz, “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, at pp. 8-12; D. Parkes, “Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada” (2006), 32 *Man. L.J.* 135, at p. 141; see also *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 71). Adherence to precedent furthers basic rule of law values such as consistency, certainty, fairness, predictability, and sound judicial administration (*Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 137; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161 (C.A.), at paras. 118-21). It helps ensure judges decide cases based on shared and general norms, rather than personal predilection or intuition (J. Waldron, “Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach” (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1, at pp. 22-23). The rule of law itself has constitutional status, recognized in the preamble of the *Charter*. It “lie[s] at the root of [Canada’s] system of government” (*Reference re Secession of Quebec*, at paras. 32 and 70).

[65] Horizontal *stare decisis* applies to courts of coordinate jurisdiction within a province, and applies to a ruling on the constitutionality of legislation as it does to any other legal issue decided by a court, if the ruling is binding. While not strictly binding in the same way as vertical *stare decisis*, decisions of the same court should be followed as a matter of judicial comity, as well as for the reasons supporting *stare decisis* generally (Parkes, at p. 158). A constitutional ruling by any court will, of course, bind lower courts through vertical *stare decisis*.

[66] *Stare decisis* brings important benefits to constitutional adjudication that balance predictability

dépasse les contraintes des règles du *stare decisis*. La règle du précédent oblige les juges à examiner les décisions judiciaires antérieures et le *ratio decidendi* afin d’établir si le *ratio* fait autorité ou peut être distingué et, s’il fait autorité, si l’on doit suivre le précédent ou s’en écarter (voir M. Rowe et L. Katz, « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, p. 8-12; D. Parkes, « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135, p. 141; voir aussi *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 71). Le respect des précédents renforce les valeurs fondamentales de la primauté du droit comme la cohérence, la certitude, la justesse, la prévisibilité et une saine administration de la justice (*Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 137; *David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 118-121). Il contribue à faire en sorte que les juges tranchent les causes en fonction de normes communes et générales, plutôt qu’en fonction de leur préférence ou intuition (J. Waldron, « Stare Decisis and the Rule of Law : A Layered Approach » (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1, p. 22-23). La primauté du droit elle-même a une valeur constitutionnelle et est reconnue dans le préambule de la *Charte*. Elle « [est] à la base [du] système de gouvernement [canadien] » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 32 et 70).

[65] Le *stare decisis* horizontal s’applique aux tribunaux de juridiction équivalente dans une province, et s’applique à une décision sur la constitutionnalité d’une disposition contestée, de même qu’à toute autre question de droit tranchée par une cour, si la décision fait autorité. Bien qu’elles ne fassent pas strictement autorité de la même façon que le *stare decisis* vertical, les décisions du même tribunal devraient être suivies par souci de courtoisie judiciaire, de même que pour les raisons justifiant l’application de la règle du *stare decisis* en général (Parkes, p. 158). La décision en matière constitutionnelle d’un tribunal liera évidemment les juridictions inférieures par la voie du *stare decisis* vertical.

[66] La règle du *stare decisis* procure au règlement de questions constitutionnelles d’importants avantages

and consistency with changing social circumstances and the need for correctness. As Robert J. Sharpe has observed, an incorrect constitutional decision by a court is more difficult to repair and may require legislative intervention (*Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018)). It would be unwise for a single trial judge in a province to bind all other trial judges. It is better to revisit precedent than to allow it to perpetuate an injustice (Sharpe, at pp. 165-68). Were s. 52(1) declarations strictly binding for all future cases, none of these benefits would be realized and our constitutional law would ossify. It is for these reasons that McLachlin C.J. asserted that “*stare decisis* is not a straitjacket that condemns the law to stasis” (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 44). Horizontal *stare decisis* attempts to balance stability and predictability against correctness and the orderly development of the law.

[67] In the absence of the supporting theory of *stare decisis*, *res judicata* on its own is not a helpful lens through which to analyse s. 52(1) declarations. *Res judicata* estops relitigation of disputed facts and disputed mixed questions of fact and law (B. Garner et al., *The Law of Judicial Precedent* (2016), at p. 374). The formal requirements of the two main branches of *res judicata*, cause of action and issue estoppel, will not be met in cases relitigating the constitutionality of a provision, for the simple reason that the parties will not be the same and neither will the facts. I acknowledge that courts also have inherent ability to prevent an abuse of process, which prevents relitigation of an issue where the strict test for *res judicata* is not met, in order to “[preserve] the integrity of the court’s process” (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 42).

qui établissent un équilibre entre la prévisibilité et la cohérence, d’une part, et l’évolution de la situation sociale et le besoin de justesse, d’autre part. Comme l’a fait remarquer Robert J. Sharpe, la décision incorrecte en matière constitutionnelle d’un tribunal est plus difficile à corriger et pourrait requérir l’intervention du législateur (*Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018)). Il serait malavisé qu’un seul juge de première instance dans une province lie tous les autres juges de première instance. Il vaut mieux réexaminer un précédent que le laisser perpétuer une injustice (Sharpe, p. 165-168). Si les déclarations prononcées en application du par. 52(1) faisaient strictement autorité pour l’avenir, aucun de ces avantages ne se concrétiserait, et notre droit constitutionnel se scléroserait. Voilà pourquoi la juge en chef McLachlin a affirmé que « le principe du *stare decisis* ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l’inertie » (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44). Le *stare decisis* horizontal vise à concilier, d’une part, la stabilité et la prévisibilité et, d’autre part, la justesse et l’évolution ordonnée du droit.

[67] Sans la théorie du *stare decisis* qui l’appuie, le principe de l’autorité de la chose jugée, à lui seul, n’aide pas à analyser les déclarations faites en application du par. 52(1). Ce principe empêche le réexamen des faits contestés ainsi que des questions mixtes de fait et de droit contestées (B. Garner et autres, *The Law of Judicial Precedent* (2016), p. 374). Les exigences formelles des deux principaux volets du principe de l’autorité de la chose jugée — la préclusion fondée sur la cause d’action et celle découlant d’une question déjà tranchée — ne seront pas respectées dans les cas où la constitutionnalité d’une disposition est remise en cause, pour la simple raison que ni les parties ni les faits ne seront les mêmes. Je reconnais que les tribunaux ont aussi la faculté inhérente d’empêcher un abus de procédure, et d’empêcher ainsi la remise en cause d’une question lorsque le critère strict d’application du principe de l’autorité de la chose jugée n’est pas respecté, afin de « préserver l’intégrité du processus judiciaire » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 42).

[68] *Stare decisis* is the better framework to apply to litigation of constitutional issues, as it better guards against the relitigation of law, whereas *res judicata* guards against the relitigation of facts. First, abuse of process is not confined within a province and applying it to relitigation of the constitutionality of legislation would require a court to consider whether the parties are estopped from arguing the issue because a court in another jurisdiction has already decided on it. Even more remarkably, applying abuse of process to these types of cases would require a court of appeal to consider whether it should hear an appeal where a trial court in another province has already ruled on the constitutionality of an issue. Second, *stare decisis* and the test from *Spruce Mills* serve as a better guide for trial judges to determine whether to depart from horizontal precedent. At its core, this question relates to the rule of law and judicial comity. Applying abuse of process would unnecessarily confuse this analysis. Finally, courts must adjudicate constitutional issues — applying abuse of process or *res judicata* would prevent a court from even considering new constitutional arguments or issues. This would be unwise and would undermine constitutional supremacy. It would also prevent the courts from adapting to changing social circumstances, a fundamental feature of our constitutional order.

[69] Lastly, I note that some have been critical of the fact that the constitutional status of s. 33.1 has remained unsettled before trial courts across the country more than twenty years after its enactment by reason, in part, of a lack of appeals by the prosecution. Section 33.1 was declared unconstitutional by several trial courts in different provinces and upheld in others over this period. Notwithstanding declarations of unconstitutionality by trial courts, the Crown continued to rely on the provision in subsequent cases. One intervener before us suggested that the Crown

[68] La règle du *stare decisis* est le meilleur cadre d'analyse à appliquer aux litiges concernant des questions constitutionnelles, car elle assure une meilleure protection contre la remise en cause du droit, alors que le principe de l'autorité de la chose jugée empêche la remise en cause des faits. Premièrement, la doctrine de l'abus de procédure ne se limite pas à l'intérieur d'une province et, pour l'appliquer à la remise en cause de la constitutionnalité d'une disposition législative, le tribunal aurait à se demander si les parties étaient préclues de débattre de la question parce qu'un tribunal dans un autre ressort a déjà statué sur celle-ci. Fait encore plus remarquable, l'application de la doctrine de l'abus de procédure dans les affaires de ce genre obligerait la cour d'appel à se demander si elle devrait instruire un appel alors qu'un tribunal de première instance dans une autre province s'est déjà prononcé sur la constitutionnalité d'une disposition. Deuxièmement, la règle du *stare decisis* et l'analyse de la décision *Spruce Mills* guident mieux les juges de première instance lorsqu'ils décident s'il y a lieu de s'écarter d'un précédent d'un tribunal de même juridiction. Essentiellement, cette question se rapporte à la primauté du droit et à la courtoisie judiciaire. Appliquer la doctrine de l'abus de procédure brouillerait inutilement cette analyse. Enfin, les tribunaux doivent trancher des questions d'ordre constitutionnel — appliquer la doctrine de l'abus de procédure ou le principe de l'autorité de la chose jugée empêcherait le tribunal d'examiner de nouveaux arguments ou de nouvelles questions d'ordre constitutionnel. Cela ne serait pas judicieux et la suprématie de la Constitution s'en trouverait affaiblie. Cela empêcherait aussi les tribunaux de s'adapter à l'évolution de la situation sociale, une caractéristique fondamentale de notre ordre constitutionnel.

[69] Enfin, je constate que certains ont déploré le fait que la constitutionnalité de l'art. 33.1 soit demeurée incertaine devant les tribunaux de première instance à l'échelle du pays pendant plus de vingt ans après son adoption en raison, notamment, de l'absence d'appels interjetés par la Couronne. Pendant cette période, l'art. 33.1 a été déclaré inconstitutionnel par plusieurs tribunaux de première instance dans différentes provinces et confirmé par d'autres. Malgré les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par les tribunaux de première instance, la Couronne

must appeal declarations of unconstitutionality at the first opportunity or accept the lower court's conclusion for all future cases. In the legal literature, some have said that it is unacceptable, in respect of federal legislation, for a provision to be unconstitutional in one province and not in another, or for a law to be applied inconsistently within a province because its constitutionality remains unsettled.

[70] While one might well expect the authorities to consider an appeal when faced with conflicting trial decisions relating to a law on which the prosecution continues to rely, I respectfully disagree with the view that the relevant attorney general is bound to appeal declarations of unconstitutionality in criminal matters such as these. It is true that when put on notice that the constitutionality of a provision has been challenged, the attorney general has the “opportunity” to defend the impugned law and appeal a declaration of unconstitutionality where an appeal does lie (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 19; see also *R. v. McCann*, 2015 ONCA 451, at para. 6 (CanLII)). Yet however desirable uniform treatment of the substantive criminal law might be within or even across provinces, the decision to appeal remains within the discretion of the attorney general, who acts independently in deciding the question, in keeping with its authority to pursue the public interest (see, e.g., M. Rosenberg, “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen's L.J.* 813, at pp. 819 and 825; K. Roach, “Not Just the Government's Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law” (2006), 31 *Queen's L.J.* 598, at pp. 608-10, citing J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), at p. 228).

[71] Barring an abuse of that authority, the attorney general is not answerable for the exercise of its discretion in such matters before the courts (*R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at paras. 44 and 46). The attorney general might well choose not to appeal a declaration of unconstitutionality,

a continué de se fonder sur la disposition dans des affaires subséquentes. Un intervenant a affirmé que la Couronne doit porter en appel les déclarations d'inconstitutionnalité à la première occasion, ou accepter la conclusion du tribunal inférieur pour l'avenir. Dans la doctrine, certains auteurs ont déclaré qu'il est inacceptable, en ce qui a trait aux lois fédérales, qu'une disposition soit inconstitutionnelle dans une province et non dans une autre, ou qu'une disposition ne soit pas appliquée de façon uniforme dans une province parce que sa constitutionnalité demeure incertaine.

[70] Bien que l'on puisse s'attendre à ce que les autorités envisagent un appel lorsqu'elles font face à des décisions contradictoires en première instance concernant une disposition sur laquelle la Couronne continue de s'appuyer, je ne suis pas d'avis que le procureur général compétent est tenu de porter en appel les déclarations d'inconstitutionnalité dans les affaires criminelles comme celles en l'espèce. Il est vrai que lorsqu'il est avisé que la constitutionnalité d'une disposition a été contestée, le procureur général a « l'occasion » de défendre la disposition contestée et d'interjeter appel de la déclaration d'inconstitutionnalité si un appel est effectivement possible (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 19; voir aussi *R. c. McCann*, 2015 ONCA 451, par. 6 (CanLII)). Toutefois, aussi souhaitable que soit le traitement uniforme du droit criminel substantiel au sein des provinces ou même entre celles-ci, la décision d'interjeter appel relève du pouvoir discrétionnaire du procureur général, qui agit indépendamment lorsqu'il prend cette décision, conformément à son pouvoir de servir l'intérêt public (voir, p. ex., M. Rosenberg, « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen's L.J.* 813, p. 819 et 825; K. Roach, « Not Just the Government's Lawyer : The Attorney General as Defender of the Rule of Law » (2006), 31 *Queen's L.J.* 598, p. 608-610, citant J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), p. 228).

[71] À moins qu'il y ait abus de ce pouvoir, le procureur général n'a pas de comptes à rendre aux tribunaux concernant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans de telles affaires (*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 44 et 46). Le procureur général pourrait décider de ne pas interjeter

for example, if it felt that the matter is insufficiently developed in the decided cases for proper consideration by an appeal court or that a conviction would best be left alone. For example, there was no appeal from the constitutional ruling in *Dunn* notwithstanding an appeal from sentence (see, e.g., *R. v. Dunn* (2002), 156 O.A.C. 27 (C.A.); see also *R. v. Jensen* (2005), 74 O.R. (3d) 561 (C.A.)). That said, unsettled constitutional law, “and the uncertainty and unpredictability that [can] result”, may of course be a matter of serious consequence (*Ferguson*, at para. 72, cited in *Nur*, at para. 91).

[72] Before us, it was argued that the peculiar circumstances of this case highlight that the constitutional status of s. 33.1 remained unsettled for a significant period of time. It is not, of course, the role of this Court to instruct the Attorney General of Canada in the exercise of its prosecutorial discretion or the other tools it has at its disposal in the exercise of its charge. I do note that the Attorney General of Canada itself has written that “the Attorney General may conclude that it is in the public interest to appeal a *Charter* decision to the Supreme Court of Canada in order to allow for a pan-Canadian determination of the legislation’s constitutionality, as well as a pan-Canadian interpretation of the relevant *Charter* right” (Department of Justice Canada, *Principles Guiding the Attorney General of Canada in Charter Litigation* (2017), at p. 10). In making these comments, I acknowledge the constitutional and practical constraints on the office of the attorney general in the pursuit of its role as the “protector of the public interest” in the proper functioning of the criminal justice system (see, e.g., *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983, at para. 27-28; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616).

(4) Proper Approach to Horizontal *Stare Decisis*

[73] Horizontal *stare decisis* applies to decisions of the same level of court. The framework that

appel d’une déclaration d’inconstitutionnalité, par exemple, s’il estime que la question n’est pas suffisamment élaborée dans les décisions antérieures en vue d’un examen utile par une cour d’appel, ou qu’il serait mieux de ne pas réexaminer la déclaration de culpabilité. Par exemple, il n’y a pas eu d’appel de la décision en matière constitutionnelle dans l’affaire *Dunn* malgré un appel de la peine (voir, p. ex., *R. c. Dunn* (2002), 156 O.A.C. 27 (C.A.); voir aussi *R. c. Jensen* (2005), 74 O.R. (3d) 561 (C.A.)). Cela dit, le droit constitutionnel qui n’est pas encore bien établi, « ainsi que l’incertitude et l’imprévisibilité [pouvant] en découle[r] », peuvent évidemment avoir des conséquences graves (*Ferguson*, par. 72, cité dans *Nur*, par. 91).

[72] Devant nous, il a été soutenu que les circonstances particulières de l’affaire mettent en évidence que la constitutionnalité de l’art. 33.1 est demeurée incertaine pendant une longue période. Évidemment, ce n’est pas le rôle de la Cour de donner des instructions au procureur général du Canada dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ou dans l’utilisation des autres outils dont il dispose dans l’exercice de sa charge. Je note que le procureur général du Canada a lui-même écrit qu’il « peut conclure que l’intérêt public commande d’appeler [d’]une décision fondée sur la *Charte* à la Cour suprême du Canada, afin d’obtenir à l’échelle nationale une décision sur la constitutionnalité de la loi contestée et une interprétation du droit pertinent prévu à la *Charte* » (Ministère de la Justice du Canada, *Principes guidant le procureur général du Canada dans les litiges fondés sur la Charte* (2017), p. 10). En faisant ces commentaires, je reconnais les contraintes constitutionnelles et pratiques relatives à la charge du procureur général dans le cadre de son rôle de « défenseur de l’intérêt public » pour le bon fonctionnement du système de justice criminelle (voir, p. ex., *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983, par. 27-28; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616).

(4) Approche à adopter à l’égard du *stare decisis* horizontal

[73] Le *stare decisis* horizontal s’applique aux décisions du même niveau de juridiction. Le cadre

guides the application of horizontal *stare decisis* for superior courts at first instance is found in *Spruce Mills*, described by Wilson J. as follows (at p. 592):

... I will only go against a judgment of another Judge of this Court if:

(a) Subsequent decisions have affected the validity of the impugned judgment;

(b) it is demonstrated that some binding authority in case law, or some relevant statute was not considered;

(c) the judgment was unconsidered, a *nisi prius* judgment given in circumstances familiar to all trial Judges, where the exigencies of the trial require an immediate decision without opportunity to fully consult authority.

[74] The *Spruce Mills* criteria have been followed in numerous cases across Canada. However, the analytical framework has, at times, been blurred and the criteria have occasionally been of difficult application. Varying standards have been invoked to define when departure from prior precedent is appropriate. For example, some have held that a prior decision can be ignored if it is “plainly wrong” (*R. v. Green*, 2021 ONSC 2826, at paras. 9 and 24 (CanLII)), when there is “good reason” for doing so (*R. v. Kehler*, 2009 MBPC 29, 242 Man. R. (2d) 4, at para. 42), or in “extraordinary circumstances” (*R. v. Wolverine and Bernard* (1987), 59 Sask. R. 22 (Q.B.), at para. 6). The standards of “plainly wrong”, “good reason”, and “extraordinary circumstances” are qualitative tags susceptible of extending to almost any circumstance and do not provide the same precise guidance that *Spruce Mills* does (see S. Kerwin, “*Stare Decisis* in the B.C. Supreme Court: Revisiting *Hansard Spruce Mills*” (2004), 62 *Advocate* 541, at p. 543, fn. 33). These terms should no longer be used. In particular, the phrase “plainly wrong” is a subjective term and suggests that a judge may depart from binding precedent if they disagree with it — mere personal disagreement between two judges is not a sufficient basis to depart from binding precedent. The institutional consistency and predictability rationales of

qui guide l’application par les cours supérieures de première instance du *stare decisis* horizontal se trouve dans la décision *Spruce Mills*, où le juge Wilson l’a décrit en ces termes (p. 592) :

[TRADUCTION] ... Je ne tirerai une conclusion qui contredise le jugement d’un autre juge de la Cour que dans les cas suivants :

a) des décisions subséquentes ont affecté la validité du jugement contesté;

b) il est démontré qu’un précédent faisant autorité ou une loi pertinente n’a pas été pris en considération;

c) le jugement a été rendu de manière inconsidérée, un jugement *nisi prius* rendu dans des circonstances connues de tous les juges de première instance, lorsque les exigences du procès requièrent une décision immédiate sans que le juge ait l’occasion de consulter pleinement les sources.

[74] Les critères de la décision *Spruce Mills* ont été appliqués dans de nombreuses affaires au Canada. Cependant, le cadre d’analyse s’est parfois obscurci, et il a été difficile à l’occasion de l’appliquer. Différentes normes ont été invoquées pour établir quand il est opportun de s’écarter d’un précédent. Par exemple, certains ont statué qu’il est possible de faire abstraction d’une décision si elle est [TRADUCTION] « manifestement erronée » (*R. c. Green*, 2021 ONSC 2826, par. 9 et 24 (CanLII)), lorsqu’il existe de [TRADUCTION] « bonnes raisons » de le faire (*R. c. Kehler*, 2009 MBPC 29, 242 Man. R. (2d) 4, par. 42), ou dans des [TRADUCTION] « circonstances extraordinaires » (*R. c. Wolverine and Bernard* (1987), 59 Sask. R. 22 (B.R.), par. 6). Les normes de la décision « manifestement erronée », des « bonnes raisons » et des « circonstances extraordinaires » sont des étiquettes qualitatives susceptibles de viser presque toute situation et ne fournissent pas les mêmes directives précises que la décision *Spruce Mills* (voir S. Kerwin, « *Stare Decisis* in the B.C. Supreme Court : Revisiting *Hansard Spruce Mills* » (2004), 62 *Advocate* 541, p. 543, note 33). Ces termes ne devraient plus être employés. En particulier, l’expression « manifestement erronée » est subjective et donne à penser que le juge peut s’écarter d’un précédent qui fait autorité s’il n’y souscrit pas — un simple désaccord personnel

stare decisis are undermined by standards that enable difference in a single judge's opinion to determine whether precedent should be followed. It is also not the case that a court can decide a question of law afresh where there are conflicting decisions.

[75] The principle of judicial comity — that judges treat fellow judges' decisions with courtesy and consideration — as well as the rule of law principles supporting *stare decisis* mean that prior decisions should be followed unless the *Spruce Mills* criteria are met. Correctly stated and applied, the *Spruce Mills* criteria strike the appropriate balance between the competing demands of certainty, correctness and the even-handed development of the law. Trial courts should only depart from binding decisions issued by a court of coordinate jurisdiction in three narrow circumstances:

1. The rationale of an earlier decision has been undermined by subsequent appellate decisions;
2. The earlier decision was reached *per incuriam* (“through carelessness” or “by inadvertence”); or
3. The earlier decision was not fully considered, e.g. taken in exigent circumstances.

[76] First, a judge need not follow a prior decision where the authority of the prior decision has been undermined by subsequent decisions. This may arise in a situation where a decision has been overruled by, or is necessarily inconsistent with, a decision by a higher court (see *Rowe and Katz*, at p. 18, citing *Kerwin*, at p. 542).

[77] Second, a judge can depart from a decision where it was reached without considering a relevant statute or binding authority. In other words, the decision was made *per incuriam*, or by inadvertence, a

entre deux juges n'est pas un motif suffisant pour s'écarter d'un précédent faisant autorité. La cohérence institutionnelle et la prévisibilité qui sous-tendent la règle du *stare decisis* se trouvent minées par des normes qui permettent à un seul juge, en raison d'une divergence d'opinions, de déterminer s'il y a lieu de suivre un précédent. Il est également faux de dire qu'un tribunal peut trancher à nouveau une question de droit en présence de décisions contradictoires.

[75] Le principe de la courtoisie judiciaire — voulant que les juges traitent les décisions de leurs consoeurs et confrères avec courtoisie et considération — et les principes de la primauté du droit qui appuient la règle du *stare decisis* impliquent que les décisions antérieures devraient être suivies, à moins que les critères énoncés dans la décision *Spruce Mills* soient satisfaits. Lorsqu'ils sont correctement formulés et appliqués, les critères de cette décision établissent un rapport juste entre les impératifs concurrents de la certitude, de la justesse et de l'évolution équilibrée du droit. Les tribunaux de première instance ne devraient s'écarter des décisions faisant autorité rendues par un tribunal de juridiction équivalente que dans trois situations précises :

1. La justification d'une décision antérieure a été compromise par des décisions subséquentes de cours d'appel;
2. La décision antérieure a été rendue *per incuriam* (« par imprudence » ou « par inadvertance »); ou
3. La décision antérieure n'a pas été mûrement réfléchie, c.-à-d. qu'elle a été prise dans une situation d'urgence (« *exigent circumstances* »).

[76] Premièrement, le juge n'a pas à suivre une décision antérieure dont l'autorité a été sapée par des décisions subséquentes. Cela peut arriver lorsqu'une décision a été infirmée par un jugement d'une cour de niveau hiérarchiquement supérieur ou lorsqu'elle est nécessairement incompatible avec un tel jugement (voir *Rowe et Katz*, p. 18, citant *Kerwin*, p. 542).

[77] Deuxièmement, le juge peut s'écarter d'une décision rendue sans égard à une loi applicable ou à une source faisant autorité. Autrement dit, la décision a été rendue *per incuriam*, ou par inadvertance, situation

circumstance generally understood to be “rare” (see, e.g., *The Owners, Strata Plan BCS 4006 v. Jameson House Ventures Ltd.*, 2017 BCSC 1988, 4 B.C.L.R. (6th) 370, at para. 132). The standard to find a decision *per incuriam* is well-known: the court failed to consider some authority such that, had it done so, it would have come to a different decision because the inadvertence is shown to have struck at the essence of the decision. It cannot merely be an instance in which an authority was not mentioned in the reasons; it must be shown that the missing authority affected the judgment (Rowe and Katz, at p. 19).

[78] Third and finally, a judge may depart where the exigencies of the trial required an immediate decision without the opportunity to consult authority fully and thus the decision was not fully considered. An unconsidered judgment is not binding on other judges (Rowe and Katz, at p. 18, citing *Spruce Mills*, at p. 592).

[79] These criteria define when a superior court at first instance may depart from binding judgment issued by a court of coordinate jurisdiction and apply equally to a prior ruling on the constitutionality of legislation. Where, as here, a judge is faced with conflicting authority on the constitutionality of legislation, the judge must follow the most recent authority unless the criteria above are met. In such a situation, the judge must, in determining whether the prior decision was taken *per incuriam*, consider whether the analysis failed to consider a binding authority or statute relevant to the legal question.

[80] To be plain: these criteria do not detract from the narrow circumstances outlined in *Bedford*, at paras. 42-45, describing when a lower court may depart from binding vertical precedent.

[81] I will now turn to whether it was appropriate for the trial judge in Mr. Chan’s case to depart from *Dunn* and decide the constitutionality of s. 33.1 afresh.

qui, de l’avis général, se produit rarement (voir, p. ex., *The Owners, Strata Plan BCS 4006 c. Jameson House Ventures Ltd.*, 2017 BCSC 1988, 4 B.C.L.R. (6th) 370, par. 132). La norme à appliquer pour juger qu’une décision a été rendue *per incuriam* est bien connue : le tribunal n’a pas tenu compte d’une source faisant autorité, de sorte que, s’il l’avait fait, il aurait rendu une décision différente car il est démontré que l’inadvertance touche à l’essence de la décision. Il ne peut s’agir simplement d’un cas où une source n’a pas été mentionnée dans les motifs; il faut démontrer que le fait que la source était manquante a influé sur le jugement (Rowe et Katz, p. 19).

[78] Troisièmement et en dernier lieu, le juge peut s’écarter d’un précédent lorsque les exigences du procès requièrent une décision immédiate sans qu’il soit possible de consulter pleinement les sources et, de ce fait, la décision n’a pas été mûrement réfléchie. Un jugement non réfléchi ne lie pas les autres juges (Rowe et Katz, p. 18, citant *Spruce Mills*, p. 592).

[79] Ces critères indiquent dans quelles circonstances une cour supérieure de première instance peut s’écarter d’un jugement faisant autorité rendu par un tribunal de juridiction équivalente, et ils s’appliquent tout autant à une décision antérieure sur la constitutionnalité d’une disposition législative. Lorsque, comme en l’espèce, le juge se trouve devant des précédents contradictoires sur la constitutionnalité d’un texte législatif, il doit suivre la décision la plus récente, sauf si les critères susmentionnés sont respectés. En pareil cas, pour décider si la décision antérieure a été rendue *per incuriam*, le juge doit se demander si l’analyse a omis de tenir compte d’une source faisant autorité ou d’une loi pertinente pour la question de droit.

[80] Soyons clairs : ces critères ne changent rien aux situations précises décrites dans l’arrêt *Bedford*, par. 42-45, dans lesquelles une juridiction inférieure peut s’écarter d’un précédent faisant autorité malgré la règle du *stare decisis* vertical.

[81] Je détermine maintenant s’il était opportun pour le juge du procès dans le cas de M. Chan de s’écarter de la décision *Dunn* et de décider à nouveau de la constitutionnalité de l’art. 33.1.

[82] Application of the doctrine of horizontal *stare decisis* in Mr. Chan’s case illustrates how the *Spruce Mills* criteria should work in practice. At the time of Boswell J.’s constitutional ruling, there were four known decisions from the Ontario Superior Court, three of which held that s. 33.1 was unconstitutional. The most recent of these was *Fleming*. *Fleming* relied wholly on *Dunn* and, as a result, it is most appropriate to apply the *Spruce Mills* criteria to *Dunn*.

[83] Boswell J. cited the correct principles from *Spruce Mills* but, respectfully, erred in applying them. First, he concluded that he “[did] not feel constrained to follow one school of thought more than the other” because trial courts across the country had expressed different views on the constitutionality of s. 33.1 (para. 58). The conventions of horizontal *stare decisis* apply within the province and so the trial judge was required to consider the *Spruce Mills* criteria with specific reference to previous rulings within Ontario. The presence of conflicting decisions is not a reason to sidestep the *Spruce Mills* analysis. Second, in the Application to Re-open the Constitutional Challenge, he concluded that *McCaw* — which held that it was bound by *Dunn* — was “plainly wrong” (paras. 14 and 34). The “plainly wrong” standard no longer adequately summarizes the whole of the applicable *Spruce Mills* criteria.

[84] Instead, Boswell J. should have looked to the substance of *Dunn* to determine whether it had been overruled by a higher court, had been decided *per incuriam*, or had been taken in exigent circumstances. That would have revealed that *Dunn* did not engage whatsoever with the earlier Ontario decision in *R. v. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL) (C.J. (Gen. Div.)), that upheld the constitutionality of s. 33.1. Since *Dunn* did not apply the *Spruce Mills* criteria to determine whether it was permissible to depart from

[82] L’application de la théorie du *stare decisis* horizontal dans le cas de M. Chan montre de quelle manière les critères de la décision *Spruce Mills* devraient opérer en pratique. À l’époque où le juge Boswell a rendu sa décision en matière constitutionnelle, il y avait quatre décisions connues de la Cour supérieure de l’Ontario, dont trois où elle a jugé que l’art. 33.1 était inconstitutionnel. La plus récente d’entre elles était la décision *Fleming*; elle s’appuyait entièrement sur la décision *Dunn* et, par conséquent, il est tout à fait opportun d’appliquer les critères de la décision *Spruce Mills* à la décision *Dunn*.

[83] Le juge Boswell a cité les bons principes de la décision *Spruce Mills* mais, soit dit en toute déférence, il a erré en les appliquant. Tout d’abord, le juge Boswell a conclu qu’il [TRADUCTION] « ne se sent[ait] pas obligé de suivre une école de pensée plutôt qu’une autre » parce que les tribunaux de première instance partout au pays ont exprimé des points de vue différents sur la constitutionnalité de l’art. 33.1 (par. 58). Les conventions du *stare decisis* horizontal s’appliquent dans la province, et donc, le juge du procès était tenu de prendre en considération les critères de la décision *Spruce Mills* en renvoyant expressément aux décisions antérieures rendues en Ontario. La présence de décisions contradictoires ne justifie pas d’écarter l’analyse fondée sur la décision *Spruce Mills*. Ensuite, dans la demande de réexamen de la décision en matière constitutionnelle, il a conclu que la décision *McCaw* — dans laquelle la cour a statué qu’elle était liée par la décision *Dunn* — était [TRADUCTION] « manifestement erronée » (par. 14 et 34). La norme de la décision « manifestement erronée » ne résume plus adéquatement l’ensemble des critères applicables énoncés dans la décision *Spruce Mills*.

[84] Le juge Boswell aurait plutôt dû s’attarder au fond de la décision *Dunn* pour déterminer si elle avait été infirmée par une cour de niveau hiérarchiquement supérieur, si elle avait été rendue *per incuriam* ou si elle avait été prononcée en situation d’urgence. Cela aurait révélé que le jugement *Dunn* ne traite pas du tout de la décision antérieure ontarienne *R. c. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL) (C.J. (Div. gén.)), qui a confirmé la constitutionnalité de l’art. 33.1. Comme le tribunal dans la décision *Dunn* n’a pas appliqué

Decaire, Dunn was a decision *per incuriam* and did not need to be followed. The trial judge should have then reviewed the substance of *Decaire* to determine whether that decision should be followed based on the *Spruce Mills* criteria. That would have revealed that *Decaire* considered the appropriate statutes and authorities in reaching the conclusion that s. 33.1 infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter* but was upheld under s. 1. There is also no indication that *Decaire* was rendered in exigent circumstances. The trial judge therefore should have followed *Decaire* in the constitutional ruling. Of course, on appeal, the Court of Appeal was not bound to follow *Decaire* or any other first instance superior court decision.

[85] Finally, it bears recalling that *McCaw* was decided shortly after the constitutional ruling in Mr. Chan's case. The court in *McCaw* did not have the benefit of Boswell J.'s reasons in Mr. Chan's case for upholding s. 33.1, as the pre-trial constitutional decision had not yet been published while awaiting possible jury deliberations (Application to Re-Open Constitutional Challenge, at para. 9). In circumstances such as this, where a court had no practical way of knowing that the earlier decision existed, the judgment will not bind a subsequent court, unless it has been brought to the court's attention or the court is otherwise aware of it (see Kerwin, at p. 551).

[86] To summarize, a court is required by the principles of judicial comity and horizontal *stare decisis* to follow a binding prior decision of the same court in the province. A decision may not be binding if it is distinguishable on its facts or the court has no practical way of knowing it existed. If it is binding, a trial court may only depart if one or more of the *Spruce Mills* exceptions apply.

les critères de la décision *Spruce Mills* pour décider s'il était possible de s'écarter de la décision *Decaire*, la décision *Dunn* avait été rendue *per incuriam* et il n'était pas nécessaire de la suivre. Le juge du procès aurait dû ensuite examiner le fond de la décision *Decaire* pour décider s'il y avait lieu de la suivre compte tenu des critères de la décision *Spruce Mills*. Cela aurait révélé que la décision *Decaire* a tenu compte des lois et sources appropriées pour arriver à la conclusion que l'art. 33.1 contrevenait à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, mais qu'il était maintenu en application de l'article premier. Rien n'indique non plus que la décision *Decaire* a été rendue dans une situation d'urgence. Le juge du procès aurait donc dû suivre la décision *Decaire* dans la décision en matière constitutionnelle. Bien entendu, en appel, la Cour d'appel n'était pas tenue de suivre la décision *Decaire* ou toute autre décision d'une cour supérieure de première instance.

[85] Enfin, il convient de rappeler que la décision *McCaw* a été rendue peu après la décision en matière constitutionnelle dans le cas de M. Chan. La cour dans l'affaire *McCaw* n'avait pas pu prendre connaissance des motifs pour lesquels le juge Boswell a maintenu l'art. 33.1 dans la décision relative à M. Chan, car sa décision sur la constitutionnalité, préalable au procès, n'avait pas encore été publiée dans l'attente des délibérations possibles du jury (Demande de réexamen de la contestation constitutionnelle, par. 9). Dans un cas comme celui-ci, où le tribunal n'avait aucun moyen pratique de savoir que la décision antérieure existait, le jugement ne liera pas un tribunal, sauf s'il est porté à son attention ou si le tribunal en a connaissance d'une autre manière (voir Kerwin, p. 551).

[86] En résumé, les principes de la courtoisie judiciaire et du *stare decisis* horizontal obligent le tribunal à suivre une décision antérieure faisant autorité, rendue dans la province par le même tribunal. Une décision peut ne pas être contraignante s'il est possible de la distinguer au vu des faits en cause ou si le tribunal n'avait aucun moyen pratique de savoir qu'elle existait. Si la décision fait autorité, une cour de première instance ne peut s'en écarter que si l'une ou plusieurs des exceptions établies dans la décision *Spruce Mills* s'appliquent.

[87] I will now turn to Mr. Chan’s cross-appeal.

B. *Is There Jurisdiction to Hear Mr. Chan’s Cross-Appeal?*

[88] Mr. Chan argued in his application for leave to cross-appeal that s. 695 of the *Criminal Code* provides this Court with the jurisdiction to hear his cross-appeal, which allows it to make any order that a court of appeal “might have made”. He points to *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215, where this Court granted leave to an accused’s cross-appeal and entered an acquittal in place of a new trial. I disagree. In my view, his application for leave to cross-appeal should be quashed for want of jurisdiction.

[89] Sections 691 and 692 of the *Criminal Code* set out the jurisdiction of this Court to hear criminal appeals brought by criminal accused. An accused may appeal where their conviction for an indictable offence has been confirmed by the Court of Appeal (s. 691(1)) or where acquittal at trial has been set aside by the Court of Appeal (s. 691(2)). Sections 691(1) and (2), along with s. 692 (which has no bearing on this case), represent the whole of an accused’s express statutory right to appeal when their conviction has been affirmed or their acquittal set aside by a Court of Appeal. In circumstances like those of Mr. Chan, where an accused, having been convicted of an indictable offence at trial, is granted a new trial, s. 691 does not provide a route of appeal to this Court.

[90] There is no other statutory route for Mr. Chan to appeal the Court of Appeal’s order of a new trial. Section 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, which does give this Court jurisdiction to hear an appeal of a final order of a Court of Appeal, cannot ground jurisdiction for a cross-appeal by Mr. Chan because s. 40(3) precludes it:

[87] Je passe maintenant à l’appel incident de M. Chan.

B. *La Cour a-t-elle compétence pour instruire l’appel incident de M. Chan?*

[88] Monsieur Chan a soutenu dans sa demande d’autorisation d’appel incident que l’art. 695 du *Code criminel* confère à la Cour compétence pour instruire son appel incident, ce qui permet à celle-ci de rendre toute ordonnance qu’une cour d’appel « aurait pu rendre ». Il invoque l’arrêt *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215, où la Cour a accordé à un accusé l’autorisation de former un appel incident et a inscrit un acquittement au lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Je ne suis pas de cet avis. D’après moi, sa demande d’autorisation d’appel incident devrait être cassée pour défaut de compétence.

[89] Les articles 691 et 692 du *Code criminel* établissent la compétence de la Cour pour instruire des appels en matière criminelle interjetés par des accusés. L’accusé peut interjeter appel si sa déclaration de culpabilité pour un acte criminel a été confirmée par la Cour d’appel (par. 691(1)) ou si l’acquittement au procès a été annulé par la Cour d’appel (par. 691(2)). Les paragraphes 691(1) et (2), ainsi que l’art. 692 (qui n’a aucune incidence sur la présente affaire), représentent l’intégralité du droit d’appel qu’accorde expressément la loi à un accusé lorsque sa déclaration de culpabilité a été confirmée ou son acquittement a été annulé par une cour d’appel. Dans une situation comme celle de M. Chan, où l’accusé reconnu coupable d’un acte criminel au procès se voit accorder un nouveau procès, l’art. 691 n’offre pas de voie d’appel à la Cour.

[90] Monsieur Chan ne dispose d’aucune autre voie légale pour interjeter appel de l’ordonnance de la Cour d’appel visant la tenue d’un nouveau procès. Le paragraphe 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, qui confère effectivement à la Cour compétence pour instruire l’appel d’une ordonnance définitive d’une cour d’appel, ne saurait fonder le pouvoir d’instruire l’appel incident de M. Chan parce que le par. 40(3) l’en empêche :

(3) No appeal to the Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or *setting aside* or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

In other words, where a person is convicted of an indictable offence but subsequently has that conviction set aside, there is no right of appeal to this Court under s. 40 (see *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 18). The combined effect of s. 40(3) and ss. 691 and 692 “excludes many criminal appeals from the ambit of s. 40(1)” (*R. v. Shea*, 2010 SCC 26, [2010] 2 S.C.R. 17, at para. 3, per Cromwell J.).

[91] Respectfully, *J.F.* does not assist Mr. Chan. The parties in *J.F.* did not make submissions on whether the accused in that case had jurisdiction to cross-appeal. Where a case is heard but jurisdiction is not discussed, the case is not an authority that the Court has jurisdiction (*Saumur v. Recorder’s Court (Quebec)*, [1947] S.C.R. 492, at pp. 497-98). It is well understood that this Court’s jurisdiction is statutory — a prior decision of this Court which did not address jurisdiction cannot displace clear statutory language (*Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53).

[92] During oral argument, counsel for Mr. Chan also referred the Court to *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579. In that case, the Court held that the British Columbia Court of Appeal did not have jurisdiction to order a limited new trial on the issue of not criminally responsible on account of mental disorder because it would have restricted the accused’s right to control his defence. This Court ordered a full new trial instead. *Warsing* is distinguishable here because it did not substitute an order for a new trial for an acquittal — it maintained the same order but varied the scope of the new trial. On the specific question of whether this Court has jurisdiction to hear a cross-appeal, *Warsing* is also distinguishable on the basis that no cross-appeal was filed. It was appropriate for the Court to rely on s. 695(1) in that

(3) Le présent article ne permet pas d’en appeler devant la Cour d’un jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou *annulant* ou confirmant l’une ou l’autre de ces décisions dans le cas d’un acte criminel ou, sauf s’il s’agit d’une question de droit ou de compétence, d’une infraction autre qu’un acte criminel.

Autrement dit, la personne reconnue coupable d’un acte criminel mais dont la déclaration de culpabilité est annulée par la suite ne dispose pas d’un droit d’appel à la Cour au titre de l’art. 40 (voir *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 18). L’effet combiné du par. 40(3) ainsi que des art. 691 et 692 « exclut de nombreux pourvois en matière criminelle de la portée du par. 40(1) » (*R. c. Shea*, 2010 CSC 26, [2010] 2 R.C.S. 17, par. 3, le juge Cromwell).

[91] Soit dit en toute déférence, l’arrêt *J.F.* n’est d’aucun secours à M. Chan. Les parties dans cet arrêt n’ont pas présenté d’observations sur la question de savoir si l’accusé dans cette affaire pouvait interjeter un appel incident. Lorsqu’une cause est instruite mais que la compétence n’est pas examinée, l’affaire ne constitue pas un précédent portant que la Cour a compétence (*Saumur c. Recorder’s Court (Quebec)*, [1947] R.C.S. 492, p. 497-498). Il est reconnu que la compétence de la Cour tire son origine de la loi — une décision antérieure de la Cour qui ne traite pas de compétence ne saurait écarter une disposition législative claire (*Kourtessis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53).

[92] Durant les plaidoiries, l’avocat de M. Chan a également porté à l’attention de la Cour l’arrêt *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, où celle-ci a statué que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’avait pas compétence pour ordonner la tenue d’un nouveau procès limité à la question de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, parce que cela aurait restreint le droit de l’accusé de contrôler sa défense. La Cour a plutôt ordonné la tenue d’un nouveau procès. L’arrêt *Warsing* peut être distingué de l’affaire qui nous occupe, car la Cour n’y a pas remplacé une ordonnance visant la tenue d’un nouveau procès par un acquittement — elle a maintenu la même ordonnance, mais elle a modifié la portée du nouveau procès. En ce qui a trait à la question précise de savoir si la Cour a compétence pour instruire un

case because it had jurisdiction to hear the appeal and it was merely varying the order which the Court of Appeal ought to have made. As s. 695(1) provides, this Court “may, on an appeal under this Part, make any order that the court of appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment”.

C. *Disposition of the Appeals*

(1) Mr. Chan

[93] Given the lack of jurisdiction to substitute an acquittal, it would be unwise to comment further on the substance of Mr. Chan’s application to cross-appeal. Since this Court has held that s. 33.1 is unconstitutional and of no force or effect in *Brown*, Mr. Chan may avail himself of the defence of non-mental disorder automatism, should it be applicable on the facts. He will have the opportunity to lead evidence in that regard.

[94] Counsel for Mr. Chan submitted in oral argument that a stay of proceedings is warranted if there is no jurisdiction to hear the cross-appeal (transcript, at p. 154). If a retrial occurs, Mr. Chan argued, the Crown will very likely take the position that Mr. Chan is not criminally responsible by reason of a mental disorder — a position the prosecution forcefully opposed at his first trial. The evidence he led at his first trial to support the finding that he was not criminally responsible under s. 16, including highly personal evidence of his concussions, learning disabilities, and depression, would be used against him in his retrial. He argues that it is fundamentally unfair.

[95] Assuming without deciding that a stay could be ordered in such circumstances, I would decline to do so here. There is an insufficient record before the Court to order a stay of proceedings. I am unable to conclude, based on the nature of the proceedings

appel incident, l’arrêt *Warsing* peut aussi être distingué au motif qu’aucun appel incident n’avait été déposé. Il était opportun pour la Cour de s’appuyer sur le par. 695(1) dans cette affaire, car elle avait compétence pour instruire l’appel et ne faisait que modifier l’ordonnance rendue par la Cour d’appel. Comme le prévoit le par. 695(1), la Cour « peut, sur un appel aux termes de la présente partie, rendre toute ordonnance que la cour d’appel aurait pu rendre et peut établir toute règle ou rendre toute ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement ».

C. *Dispositif des pourvois*

(1) Monsieur Chan

[93] Vu le défaut de compétence de la Cour pour prononcer un acquittement, il ne serait pas judicieux de commenter davantage le fond de la demande d’autorisation d’appel incident de M. Chan. Comme la Cour a conclu dans l’arrêt *Brown* que l’art. 33.1 est inconstitutionnel et inopérant, M. Chan peut invoquer la défense d’automatisme sans troubles mentaux, si elle est applicable aux faits. Il aura l’occasion de produire des éléments de preuve à cet égard.

[94] L’avocat de M. Chan a soutenu dans sa plaidoirie qu’un arrêt des procédures est justifié s’il y a défaut de compétence pour instruire l’appel incident (transcription, p. 154). Si un nouveau procès a lieu, soutient M. Chan, la Couronne fera vraisemblablement valoir qu’il est non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux — une position à laquelle la poursuite s’est farouchement opposée lors de son premier procès. Les éléments de preuve qu’il a présentés à son premier procès afin d’étayer la conclusion selon laquelle il était non criminellement responsable au sens de l’art. 16, notamment des preuves très personnelles de ses commotions, de ses troubles d’apprentissage et de sa dépression, seraient utilisés contre lui lors de son nouveau procès, ce qui est fondamentalement inéquitable selon lui.

[95] À supposer, sans en décider, qu’il soit possible d’ordonner l’arrêt des procédures dans de telles circonstances, je m’abstiendrais de le faire ici. La Cour ne dispose pas d’un dossier suffisamment étoffé pour ordonner l’arrêt des procédures. Je ne peux conclure,

below, that a stay is warranted. I hasten to add that a future trial judge may find otherwise if the evidence put forward and the nature of the proceedings warrant. A stay of proceedings may only be granted in the “clearest of cases”, where prejudice to an accused’s rights or to the judicial system is irreparable and cannot be remedied (*R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 52; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31, both quoting *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 68 and 82). The test for a stay has three components: 1) there must be prejudice to an accused’s fair trial right or to the integrity of the justice system that will be perpetuated or aggravated through a trial or its outcome; 2) there must be no alternative remedy capable of remedying the prejudice; 3) where it is unclear whether a stay is warranted after the first two steps, the court must balance the interests in favour of a stay against the interest that society has in having a final decision on the merits (*Babos*, at para. 32).

[96] Mr. Chan’s arguments with respect to the prejudice he might suffer relate to a future trial, not the proceedings below. I am unable to conclude, on the record before the Court, that Mr. Chan’s right to a fair trial has been prejudiced. A trial judge is best positioned to determine whether such prejudice arises in the future and, if it does, what the appropriate remedy may be (*O’Connor*, at paras. 68 and 82). For example, a trial judge would be capable of excluding evidence if the Crown sought to marshal it in a prejudicial manner.

[97] I add that it remains an open question whether it would be in the public interest to proceed with Mr. Chan’s prosecution again, or whether there is a reasonable prospect of conviction. This case is, to use the words of the trial judge, a tragic case with a tragic result. It is also true that Mr. Chan has been charged with serious violent crimes. The final decision on how to proceed rests with the Crown and in my view, this Court is not best placed to consider the matter further.

étant donné la nature des instances devant les juridictions inférieures, qu’un arrêt des procédures est justifié. Je m’empresse d’ajouter qu’un prochain juge du procès pourrait tirer une conclusion différente si la preuve produite et la nature de l’instance le justifiaient. L’arrêt des procédures ne peut être prononcé que dans les « cas les plus manifestes », où l’atteinte aux droits de l’accusé ou au système judiciaire est irréparable et il serait impossible d’y remédier (*R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 52; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31, les deux citant *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 68 et 82). Le critère régissant l’arrêt des procédures comporte trois éléments : 1) il doit y avoir une atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable ou à l’intégrité du système de justice qui sera perpétuée ou aggravée par le procès ou par son issue; 2) il ne doit y avoir aucune autre réparation susceptible de remédier à l’atteinte; 3) s’il subsiste une incertitude quant à l’opportunité de l’arrêt des procédures à l’issue des deux premières étapes, le tribunal doit mettre en balance les intérêts militant en faveur de cet arrêt et l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond (*Babos*, par. 32).

[96] Les arguments présentés par M. Chan au sujet du préjudice qu’il subirait se rapportent à un futur procès, et non aux instances devant les juridictions inférieures. Je ne peux conclure, selon le dossier présenté à la Cour, qu’il y a eu atteinte au droit de M. Chan à un procès équitable. Le juge du procès est le mieux placé pour établir si pareille atteinte survient à l’avenir et, dans l’affirmative, quelle serait la réparation convenable (*O’Connor*, par. 68 et 82). Par exemple, le juge du procès pourrait exclure des éléments de preuve si la Couronne a cherché à les obtenir de manière préjudiciable.

[97] J’ajoute que la question de savoir s’il serait dans l’intérêt public d’aller encore une fois de l’avant avec le procès de M. Chan, ou s’il existe une possibilité raisonnable de déclaration de culpabilité, demeure entière. Pour reprendre les propos du juge du procès, il s’agit d’une affaire tragique dont l’issue est tout aussi tragique. Il est également vrai que M. Chan a été accusé de graves crimes violents. La décision définitive quant à la façon de procéder revient à la Couronne et, à mon avis, la Cour n’est pas la mieux placée pour examiner la question en profondeur.

(2) Mr. Sullivan

[98] The trial judge found that Mr. Sullivan was acting involuntarily when he attacked his mother. The common law compels an acquittal in such an instance. He was nevertheless found guilty, due to the operation of s. 33.1. The Court of Appeal declared that s. 33.1 is of no force or effect, set aside the conviction, and substituted an acquittal. As I concluded in *Brown*, the Court of Appeal was correct that s. 33.1 is unconstitutional. Mr. Sullivan established at trial that he was intoxicated to the point of automatism owing to his Wellbutrin overdose. Given that s. 33.1 is of no force or effect, I would confirm the conclusion of the Court of Appeal that Mr. Sullivan is entitled to acquittals.

VI. Conclusion

[99] I would dismiss the appeals. The application for leave to cross-appeal by Mr. Chan should be quashed for want of jurisdiction. In the result, I would confirm Mr. Sullivan's acquittals and the order of a new trial for Mr. Chan.

Appeals dismissed and application for leave to cross-appeal quashed.

Solicitor for the appellant/respondent on application for leave to cross-appeal: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent David Sullivan: Ruby Shiller Enenajor DiGiuseppe, Toronto.

Solicitors for the respondent/applicant on application for leave to cross-appeal Thomas Chan: Henein Hutchison, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

(2) Monsieur Sullivan

[98] Le juge du procès a conclu que M. Sullivan agissait de façon involontaire lorsqu'il a agressé sa mère. La common law exige un acquittement en pareil cas. Il a néanmoins été reconnu coupable, en raison de l'application de l'art. 33.1. La Cour d'appel a déclaré l'art. 33.1 inopérant, a annulé la déclaration de culpabilité et a prononcé un acquittement. Comme je l'ai conclu dans l'arrêt *Brown*, la Cour d'appel a eu raison de déclarer que l'art. 33.1 est inconstitutionnel. Monsieur Sullivan a établi au procès qu'il était dans un état d'intoxication s'apparentant à l'automatisme à cause de sa surdose de Wellbutrin. Puisque l'art. 33.1 est inopérant, je suis d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel suivant laquelle M. Sullivan a droit à des acquittements.

VI. Conclusion

[99] Je suis d'avis de rejeter les pourvois. La demande d'autorisation d'appel incident présentée par M. Chan doit être cassée pour défaut de compétence. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer les acquittements de M. Sullivan et l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès pour M. Chan.

Pourvois rejetés et demande d'autorisation d'appel incident cassée.

Procureur de l'appelante/intimée à la demande d'autorisation d'appel incident : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé David Sullivan : Ruby Shiller Enenajor DiGiuseppe, Toronto.

Procureurs de l'intimé/demandeur à la demande d'autorisation d'appel incident Thomas Chan : Henein Hutchison, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Torys, Toronto; University of Ottawa, Faculty of Law, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Torys, Toronto; Université d'Ottawa, Faculté de droit, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health: Martell Defence, Toronto; Anita Szigeti Advocates, Toronto; McKay Ferg, Calgary.

Procureurs de l'intervenant Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health : Martell Defence, Toronto; Anita Szigeti Advocates, Toronto; McKay Ferg, Calgary.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Rosen & Company, Toronto; Brauti Thorning, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Rosen & Company, Toronto; Brauti Thorning, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Neubauer Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Neubauer Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Megan Stephens Law, Toronto; WeirFoulds, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes : Megan Stephens Law, Toronto; WeirFoulds, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates for the Rule of Law: McCarthy Tétrault, Vancouver; Jordan Honickman Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Advocates for the Rule of Law : McCarthy Tétrault, Vancouver; Jordan Honickman Barristers, Toronto.

Jacob Charles Badger *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BADGER

2022 SCC 20

File No.: 39844.

2022: May 16.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Evidence — Spontaneous utterances — Alibi — Identification — Accused convicted of aggravated assault at trial — Accused appealing conviction on basis that trial judge erred in admitting evidence of spontaneous utterances, in assessment of alibi evidence and in assessment of identification evidence — Majority of Court of Appeal dismissing appeal — Dissenting judge finding that trial judge failed to conduct analysis of identification evidence that law requires — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Caldwell, Tholl and Kalmakoff JJ.A.), 2021 SKCA 118, 406 C.C.C. (3d) 459, 468 D.L.R. (4th) 610, [2022] 1 W.W.R. 600, [2021] S.J. No. 382 (QL), 2021 CarswellSask 514 (WL), affirming the conviction entered by Hinds Prov. Ct. J., 2019 SKPC 65, [2019] S.J. No. 457 (QL), 2019 CarswellSask 599 (WL). Appeal dismissed, Karakatsanis and Martin JJ. dissenting.

Thomas Hynes and Zachary Carter, for the appellant.

Grace Hession David, for the respondent.

Jacob Charles Badger *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. BADGER

2022 CSC 20

N° du greffe : 39844.

2022 : 16 mai.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Preuve — Déclarations spontanées — Alibi — Identification — Accusé déclaré coupable de voies de fait graves au procès — Appel formé par l'accusé contre la déclaration de culpabilité au motif que le juge du procès a fait erreur en admettant la preuve de déclarations spontanées, en appréciant la preuve d'alibi et en appréciant la preuve d'identification — Appel rejeté à la majorité par la Cour d'appel — Conclusion du juge dissident portant que le juge du procès n'a pas analysé la preuve d'identification comme le droit l'exige — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Caldwell, Tholl et Kalmakoff), 2021 SKCA 118, 406 C.C.C. (3d) 459, 468 D.L.R. (4th) 610, [2022] 1 W.W.R. 600, [2021] S.J. No. 382 (QL), 2021 CarswellSask 514 (WL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Hinds de la Cour provinciale, 2019 SKPC 65, [2019] S.J. No. 457 (QL), 2019 CarswellSask 599 (WL). Pourvoi rejeté, les juges Karakatsanis et Martin sont dissidentes.

Thomas Hynes et Zachary Carter, pour l'appelant.

Grace Hession David, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — A majority of the Court would dismiss the appeal, substantially for the reasons of the majority of the Saskatchewan Court of Appeal. Justices Karakatsanis and Martin would allow the appeal, substantially for the reasons of the dissenting judge of the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pfefferle Law Office, Saskatoon.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — La Cour, à la majorité, est d'avis de rejeter l'appel, essentiellement pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan. Les juges Karakatsanis et Martin auraient accueilli l'appel, principalement pour les motifs du juge dissident de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Pfefferle Law Office, Saskatoon.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Syed Adeel Safdar *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SAFDAR

2022 SCC 21

File No.: 39629.

2022: May 18.

Present: Wagner C.J. and Brown, Rowe, Martin and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Calculation of delay — Accused charged with several offences involving abuse of his wife — Accused applying for stay of proceedings on basis that right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Trial judge holding that net delay exceeded presumptive ceiling set out in Jordan and staying proceedings — Court of Appeal holding that period between end of evidence and argument at trial and release of decision on stay application should not be included in calculation of delay — Court of Appeal concluding that net delay was below Jordan ceiling and setting aside stay of proceedings — Court of Appeal’s decision affirmed.

Cases Cited

Applied: *R. v. K.G.K.*, 2020 SCC 7, [2020] 1 S.C.R. 364; **referred to:** *R. v. J.F.*, 2022 SCC 17, [2022] 1 S.C.R. 330.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Gillese and Miller JJ.A.), 2021 ONCA 207, 469 D.L.R. (4th) 447, 403 C.C.C. (3d) 91, [2021] O.J. No. 1625 (QL), 2021 CarswellOnt 4322 (WL), setting aside the stay of proceedings entered

Syed Adeel Safdar *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. SAFDAR

2022 CSC 21

N° du greffe : 39629.

2022 : 18 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Brown, Rowe, Martin et Jamal.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Calcul du délai — Accusé inculpé de plusieurs infractions liées à des mauvais traitements infligés à son épouse — Demande d’arrêt des procédures présentée par l’accusé pour cause de violation du droit d’être jugé dans un délai raisonnable garanti par l’al. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Juge du procès concluant que le délai net excédait le plafond présumé fixé dans Jordan et ordonnant l’arrêt des procédures — Cour d’appel statuant que la période écoulée entre la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries au procès et le prononcé de la décision sur la demande d’arrêt des procédures ne devrait pas être incluse dans le calcul du délai — Cour d’appel concluant que le délai net était inférieur au plafond fixé dans Jordan et annulant l’arrêt des procédures — Arrêt de la Cour d’appel confirmé.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. K.G.K.*, 2020 CSC 7, [2020] 1 R.C.S. 364; **arrêt mentionné :** *R. c. J.F.*, 2022 CSC 17, [2022] 1 R.C.S. 330.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Feldman, Gillese et Miller), 2021 ONCA 207, 469 D.L.R. (4th) 447, 403 C.C.C. (3d) 91, [2021] O.J. No. 1625 (QL), 2021 CarswellOnt 4322 (WL), qui a annulé l’arrêt des procédures ordonné par

by Goodman J., 2018 ONSC 7067, 423 C.R.R. (2d) 98, [2018] O.J. No. 6328 (QL), 2018 CarswellOnt 20274 (WL), and remitting the matter for verdict. Appeal dismissed.

Nader R. Hasan and Caitlin Milne, for the appellant.

Tracy Kozlowski, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] BROWN J. — The appellant, Syed Adeel Safdar, was tried for offences related to the abuse of his wife. At the conclusion of evidence and submissions, he applied for a stay based on a breach of his right under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to be tried within a reasonable time. The trial judge heard the application while preparing his decision on the trial proper, then reserved that decision and granted the stay (2018 ONSC 7067, 423 C.R.R. (2d) 98). In his reasons for ordering a stay, he also advised that he had completed his reserved trial decision, which remained under seal pending the outcome of any appeal from his stay order.

[2] The Crown appealed the stay order, arguing that, on the authority of this Court's decision in *R. v. K.G.K.*, 2020 SCC 7, [2020] 1 S.C.R. 364 (which was not available to the trial judge), the trial judge had erred by including as part of the total delay the period from the end of the evidence and argument to the release of the stay decision. Absent that error, the total delay fell under 30 months. The Court of Appeal for Ontario agreed, set aside the stay order and referred the matter back to the trial judge to release his decision on the trial proper (2021 ONCA 207, 469 D.L.R. (4th) 447). Mr. Safdar now appeals the Court of Appeal's decision to this Court.

le juge Goodman, 2018 ONSC 7067, 423 C.R.R. (2d) 98, [2018] O.J. No. 6328 (QL), 2018 CarswellOnt 20274 (WL), et renvoyé l'affaire pour le prononcé du verdict. Pourvoi rejeté.

Nader R. Hasan et Caitlin Milne, pour l'appellant.

Tracy Kozlowski, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE BROWN — L'appelant, Syed Adeel Safdar, a été jugé pour des infractions liées à des mauvais traitements infligés à son épouse. Au terme de la présentation de la preuve et des plaidoiries, il a demandé l'arrêt des procédures pour cause de violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a entendu cette demande pendant qu'il préparait sa décision sur l'issue du procès proprement dit, puis il a mis l'affaire en délibéré et a accordé l'arrêt des procédures demandé (2018 ONSC 7067, 423 C.R.R. (2d) 98). Dans ses motifs au soutien de l'ordonnance intimant l'arrêt des procédures, il a également indiqué qu'il avait complété sa décision concernant le procès, laquelle demeurerait sous scellés jusqu'à ce que soit décidé tout appel visant son ordonnance d'arrêt des procédures.

[2] La Couronne a fait appel de l'arrêt des procédures, plaidant que, en vertu de l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *R. c. K.G.K.*, 2020 CSC 7, [2020] 1 R.C.S. 364 (dont ne disposait pas le juge du procès), ce dernier avait fait erreur en comptabilisant dans le délai total la période allant de la fin de la présentation de la preuve et des plaidoiries jusqu'au prononcé de la décision sur l'arrêt des procédures. Sans cette erreur, le délai total était inférieur à 30 mois. La Cour d'appel de l'Ontario a accepté cet argument, annulé l'ordonnance d'arrêt des procédures et renvoyé l'affaire au juge du procès pour qu'il rende sa décision sur l'issue du procès proprement dit (2021 ONCA 207, 469 D.L.R. (4th) 447). Monsieur Safdar se pourvoit maintenant contre cet arrêt devant la Cour.

[3] We agree with the Court of Appeal that *K.G.K.* is dispositive of the central issue in this appeal. For the purposes of determining whether the total delay exceeded the *Jordan* presumptive ceiling, the time between the conclusion of evidence and argument, and the bringing of the s. 11(b) application in this case, should not have been counted (*K.G.K.*, at paras. 31 and 33; *R. v. J.F.*, 2022 SCC 17, [2022] 1 S.C.R. 330, at para. 27).

[4] Nor, in our view, and despite Mr. Hasan's able submissions before us, has Mr. Safdar established that the total delay of 29.25 months was markedly longer than reasonable delay in the broader context of the trial (*K.G.K.*, at paras. 3, 23 and 54-55), taking into account the length of time taken for the application, the moderate complexity of the case, and other institutional factors that he raises (*K.G.K.*, at paras. 65 and 68-72).

[5] We also agree with the Court of Appeal's disposition of the other issues raised by Mr. Safdar in this appeal, substantially for the reasons it gives.

[6] The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Stockwoods, Toronto.

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

[3] À l'instar de la Cour d'appel, nous sommes d'avis que l'arrêt *K.G.K.* est décisif en ce qui concerne la question centrale du présent pourvoi. Pour déterminer si le délai total excédait le plafond présumé fixé dans *Jordan*, la période écoulée entre, d'une part, la clôture de la preuve et des plaidoiries, et, d'autre part, le dépôt de la demande fondée sur l'al. 11b), n'aurait pas dû être comptabilisée (*K.G.K.*, par. 31 et 33; *R. c. J.F.*, 2022 CSC 17, [2022] 1 R.C.S. 330, par. 27).

[4] À notre avis, M. Safdar n'a pas non plus établi, et ce, malgré l'excellente argumentation présentée par M^e Hasan devant nous, que le délai total de 29,25 mois était nettement plus long que le délai qui était raisonnable eu égard au contexte global du procès (*K.G.K.*, par. 3, 23 et 54-55), compte tenu du temps qu'a pris la demande, de la complexité moyenne de l'affaire et des autres contraintes institutionnelles qu'il invoque (*K.G.K.*, par. 65 et 68-72).

[5] Nous souscrivons également à la façon dont la Cour d'appel tranche les autres questions soulevées par M. Safdar dans le présent pourvoi, essentiellement pour les motifs qu'elle expose à cet égard.

[6] Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Stockwoods, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Ashley Suzanne Barendregt *Appellant*

v.

Geoff Bradley Grebliunas *Respondent*

and

Office of the Children’s Lawyer, West Coast Legal Education and Action Fund Association and Rise Women’s Legal Centre *Interveners*

**INDEXED AS: BARENDREGT v. GREBLIUNAS
2022 SCC 22**

File No.: 39533.

Appeal heard: December 1, 2, 2021.

Judgment rendered: December 2, 2021.

Reasons delivered: May 20, 2022.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Family law — Custody — Change of residence — Best interests of child — Primary residence of children awarded to mother at trial, allowing children to relocate some ten hours away from father’s residence — Father successfully appealing relocation order — Whether trial judge erred in relocation analysis such that appellate intervention was warranted — Framework governing determination as to whether relocation in child’s best interests.

Evidence — Additional evidence on appeal — Father appealing relocation order awarding primary residence of children to mother — Court of Appeal admitting new evidence adduced by father about financial situation — Whether Court of Appeal erred in admitting new evidence — Test governing admission of additional evidence on appeal.

Ashley Suzanne Barendregt *Appelante*

c.

Geoff Bradley Grebliunas *Intimé*

et

Bureau de l’avocat des enfants, West Coast Legal Education and Action Fund Association et Rise Women’s Legal Centre *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BARENDREGT c. GREBLIUNAS
2022 CSC 22**

N° du greffe : 39533.

Appel entendu : 1^{er}, 2 décembre 2021.

Jugement rendu : 2 décembre 2021.

Motifs déposés : 20 mai 2022.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Droit de la famille — Garde — Changement du lieu de résidence — Intérêt de l’enfant — Octroi au procès de la résidence principale des enfants à la mère, les autorisant à déménager à quelque dix heures de route de la résidence du père — Appel formé avec succès par le père contre l’ordonnance relative au déménagement — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son analyse relative au déménagement justifiant l’intervention de la Cour d’appel? — Cadre d’analyse applicable pour déterminer si un déménagement est dans l’intérêt de l’enfant.

Preuve — Éléments de preuve supplémentaires en appel — Appel par le père de l’ordonnance relative au déménagement qui a octroyé la résidence principale des enfants à la mère — Admission par la Cour d’appel de nouveaux éléments de preuve présentés par le père quant à sa situation financière — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en admettant les nouveaux éléments de preuve? — Test régissant l’admission d’éléments de preuve supplémentaires en appel.

The mother met the father in northern British Columbia in 2011, and followed him to Kelowna in 2012. Soon after, they got married, bought a house, and had two boys. The home purchase proved to be a project, as significant money was needed to bring it into livable condition. When the relationship ended in 2018, the house remained an ongoing construction project. After the father assaulted the mother during an argument, the mother brought the boys to her parents' home in Telkwa, some 10 hours away from Kelowna. A parenting arrangement emerged, splitting parenting time alternately between Telkwa and Kelowna, before it was agreed that the children would remain in Kelowna with the father. The parents were to alternate weekly parenting time when the mother returned to Kelowna, which never occurred. Rather, the mother applied to the court to relocate the children to Telkwa. She indicated that she was willing to move to Kelowna if her application was unsuccessful, but the father was unwilling to move to Telkwa under any circumstances.

The trial judge awarded primary residence of the children to the mother and allowed them to relocate to Telkwa. He found that two key issues favoured the move: the more significant issue was the parents' acrimonious relationship and its implications for the children; and the less significant issue was the father's financial situation, particularly with respect to his ability to make the Kelowna home habitable. The father appealed and sought to adduce additional evidence about his finances and the renovations he had made to the house since trial. The Court of Appeal characterized this as "new" evidence because it had not existed at the time of trial. The court applied a different test than that set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. In its view, *Palmer* — and in particular, the due diligence criterion — did not strictly govern the admission of new evidence on appeal. The court then admitted the evidence on the basis that it undermined a primary underpinning of the trial decision and the assumptions that the father might not be able to remain in the Kelowna home had been displaced. As one of trial judge's two main considerations no longer applied, the court held that relocation could no longer be justified. The court thus concluded that the children's best interests were best served by staying in Kelowna with both parents.

Held (Côté J. dissenting in part): The appeal should be allowed.

La mère a rencontré le père en 2011, dans le nord de la Colombie-Britannique, et l'a suivi à Kelowna en 2012. Peu de temps après, ils se sont mariés, ont acheté une maison et ont eu deux garçons. L'achat de la maison constituait une lourde charge, puisqu'il fallait beaucoup d'argent pour la rendre habitable. Lorsque les époux se sont séparés en 2018, la maison était encore un chantier de construction en cours. Après que le père a agressé la mère durant une dispute, cette dernière a emmené les deux garçons chez ses parents à Telkwa, à quelque 10 heures de route de Kelowna. Un arrangement pour la garde a été conclu par la suite répartissant le temps parental entre les parents, alternativement à Telkwa et à Kelowna, avant que ceux-ci s'entendent pour que les enfants restent avec le père, à Kelowna. Il était prévu que les parents auraient du temps parental à tour de rôle une semaine à la fois lorsque la mère retournerait dans cette ville, ce qui ne s'est jamais produit. La mère a plutôt présenté une demande à la cour pour que les enfants déménagent à Telkwa. Elle a indiqué être prête à déménager à Kelowna si sa demande était rejetée, mais le père, lui, ne voulait en aucun cas déménager à Telkwa.

Le juge du procès a accordé la résidence principale des enfants à la mère et leur a permis de déménager à Telkwa. Il a conclu que deux éléments militaient en faveur du déménagement : le plus important était la relation acrimonieuse entre les parents et ses conséquences pour les enfants; et le moins important concernait la situation financière du père, particulièrement en ce qui avait trait à sa capacité de rendre la maison de Kelowna habitable. Le père a interjeté appel et a cherché à produire des éléments de preuve supplémentaires relatifs à sa situation financière et aux rénovations qu'il avait faites dans la maison depuis le procès. La Cour d'appel a qualifié de « nouveaux » ces éléments de preuve, puisqu'ils n'existaient pas au moment du procès. Elle a appliqué un test différent de celui énoncé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Selon elle, cet arrêt — et en particulier le critère de la diligence raisonnable — ne régissait pas strictement l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel. La cour a admis les éléments de preuve au motif qu'ils remettaient en question un des fondements principaux de la décision rendue à l'issue du procès et que les hypothèses selon lesquelles le père pourrait ne pas être en mesure de demeurer dans la maison de Kelowna avaient été réfutées. Comme une des deux principales considérations retenues par le juge de première instance ne s'appliquait plus, la cour a jugé que le déménagement n'était plus justifié. Elle a donc conclu que l'intérêt des enfants serait mieux servi s'ils restaient à Kelowna avec les deux parents.

Arrêt (la juge Côté est dissidente en partie) : Le pourvoi est accueilli.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal J.J.: Regardless of whether the evidence relates to facts that occurred before or after trial, the test laid out in *Palmer* governs the admission of additional evidence on appeal when it is adduced for the purpose of reviewing the decision below. The *Palmer* test is sufficiently flexible to respond to any unique concerns that arise with “new” evidence. The Court of Appeal erred by applying a different test and admitting the evidence on appeal. The evidence did not satisfy the *Palmer* test because it could have been available for trial with the exercise of due diligence. In any event, given the availability of a variation procedure designed to address any material change in circumstances, its admission was not in the interests of justice. Moreover, the trial judge did not err in his relocation analysis, which was consonant with the mobility framework set out in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, as refined over the past two decades. His factual findings and the weight he ascribed to factors bearing on the children’s best interests warranted deference on appeal. The Court of Appeal was wrong to intervene.

Appellate courts have the discretion to admit additional evidence to supplement the record on appeal. When parties seek to adduce such evidence, the four criteria in *Palmer* typically apply: (a) the evidence could not, by the exercise of due diligence, have been available for the trial; (b) the evidence is relevant in that it bears upon a decisive or potentially decisive issue; (c) the evidence is credible in the sense that it is reasonably capable of belief; and (d) the evidence is such that, if believed, it could have affected the result at trial. This framework applies when evidence is adduced on appeal for the purpose of asking the court to review the proceedings in the court below. The test is purposive, fact-specific, and driven by an overarching concern for the interests of justice. It ensures that the admission of additional evidence on appeal will be rare, such that the matters in issue between the parties narrow rather than expand as a case proceeds up the appellate ladder. The test strikes a balance between two foundational principles: finality and order in the justice system, and reaching a just result in the context of the proceedings.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal : Peu importe que les éléments de preuve se rapportent à des faits qui sont survenus avant ou après le procès, le test de l’arrêt *Palmer* régit l’admission d’éléments de preuve supplémentaires en appel lorsqu’ils sont produits dans le but de faire réviser la décision de première instance. Le test de l’arrêt *Palmer* est suffisamment souple pour répondre aux préoccupations particulières qui se posent quant aux « nouveaux » éléments de preuve. La Cour d’appel a commis une erreur en appliquant un test différent et en admettant les éléments de preuve en cause en appel. Ces éléments de preuve ne satisfaisaient pas au test de l’arrêt *Palmer* parce que, si le père avait fait preuve de diligence raisonnable, ils auraient pu être disponibles au procès. En tout état de cause, considérant l’existence d’une procédure en modification conçue pour traiter tout changement de situation important, l’admission de ces éléments de preuve n’était pas dans l’intérêt de la justice. Qui plus est, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur dans son analyse relative au déménagement, qui était conforme au cadre applicable à un déménagement important établi par l’arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, et précisé depuis plus d’une vingtaine d’années. Ses conclusions de fait et le poids qu’il a accordé aux facteurs ayant une incidence sur l’intérêt des enfants commandaient la déférence en appel. La Cour d’appel a eu tort d’intervenir.

Les juridictions d’appel ont le pouvoir discrétionnaire d’admettre des éléments de preuve supplémentaires pour compléter le dossier d’appel. Lorsque les parties cherchent à présenter de tels éléments de preuve, ce sont généralement les quatre critères énoncés dans l’arrêt *Palmer* qui s’appliquent : a) la preuve n’aurait pas pu, même avec diligence raisonnable, être obtenue pour le procès; b) la preuve doit être pertinente, en ce sens qu’elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive; c) la preuve doit être plausible, en ce sens qu’on peut raisonnablement y ajouter foi; d) la preuve doit être telle que, si l’on y ajoute foi, elle aurait influé sur le résultat. Ce cadre d’analyse s’applique lorsque des éléments de preuve sont présentés en appel dans le but de demander à la juridiction d’appel de contrôler les procédures qui se sont déroulées devant la juridiction inférieure. Le test est téléologique, il est tributaire des faits et il est motivé par un souci primordial pour l’intérêt de la justice. Il garantit la rareté de l’admission en appel d’éléments de preuve supplémentaires, de sorte que les questions en litige entre les parties devraient être davantage circonscrites au fur et à mesure que l’affaire progresse devant les tribunaux jusqu’au stade de l’appel. Le test établit un équilibre entre deux principes fondamentaux : le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires dans notre système de justice, et l’atteinte d’un résultat juste dans le contexte de l’instance.

The first *Palmer* criterion — that the evidence could not, by the exercise of due diligence, have been available for the trial — focuses on the conduct of the party seeking to adduce the evidence. It requires litigants to take all reasonable steps to present their best case at trial, which ensures finality and order for the parties and the integrity of the judicial system. On an individual level, the principle of finality speaks to the profound unfairness in providing a party the opportunity to make up for deficiencies in his or her case at trial. On a systemic level, it preserves the distinction between the roles of trial and appellate courts: evaluating evidence and making factual findings are the responsibilities of trial judges, while appellate courts are designed to review trial decisions for errors. The admission of additional evidence on appeal blurs this critical distinction. Accordingly, evidence that could, by the exercise of due diligence, have been available for trial should generally not be admitted on appeal. With respect to post-trial evidence, the reason why the evidence was unavailable for trial may very well have its roots in the parties' pre-trial conduct. Courts should accordingly consider whether the party's conduct could have influenced the timing of the fact they seek to prove.

The last three *Palmer* criteria require courts to only admit evidence on appeal when it is relevant, credible, and could have affected the result at trial. Unlike the due diligence criterion, which focuses on the conduct of the party, these three criteria focus on the evidence adduced and are conditions precedent to the evidence being adduced. Evidence that falls short of any of them cannot be admitted on appeal. These criteria reflect the importance of reaching a just result in the context of the proceedings, a principle that is directly linked to the correctness of the trial decision and the truth-seeking function of the trial process.

In the family law context, evidence that does not satisfy the due diligence criterion should generally not be admitted on an appeal of a best interests of the child determination. Finality and order are particularly important in such cases. Children should be afforded the comfort of knowing, with some degree of certainty, where they will live and with whom. Certainty in a trial outcome can ensure an end to a period of immense turmoil, strife, and costs; parties should

Le premier critère de l'arrêt *Palmer* — selon lequel la preuve n'aurait pas pu être obtenue pour le procès, même si la partie qui cherche à la déposer avait fait preuve de diligence raisonnable — met l'accent sur la conduite de la partie qui cherche à produire la preuve. Elle oblige les parties à prendre toutes les mesures raisonnables pour présenter leur meilleure preuve au procès, ce qui garantit le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires pour les parties et l'intégrité du système de justice. Sur le plan individuel, il s'attaque à l'injustice fondamentale que constitue le fait de permettre à une partie de remédier aux lacunes de la cause qu'elle a présentée au procès. Sur le plan systémique, il préserve la distinction entre le rôle des tribunaux de première instance et celui des juridictions d'appel : il incombe aux juges de première instance d'évaluer la preuve et de tirer des conclusions de fait tandis que les juridictions d'appel ont pour mission de vérifier si la décision rendue en première instance comporte des erreurs. L'admission d'éléments de preuve supplémentaires en appel brouille cette distinction essentielle. En conséquence, les éléments de preuve qui auraient pu être disponibles au procès, si la partie les présentant avait fait preuve de diligence raisonnable, ne devraient généralement pas être admis en appel. Quant aux éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès, la raison pour laquelle ils n'ont pas été produits au procès peut très bien avoir trait à la conduite des parties avant le procès. Le tribunal doit donc se demander si la conduite de la partie aurait pu influencer le moment où s'est produit le fait qu'elle cherche à prouver.

Les trois derniers critères du test de l'arrêt *Palmer* obligent les tribunaux à n'admettre en appel que les éléments de preuve qui sont pertinents et plausibles et qui auraient pu influencer sur le résultat du procès. Contrairement au critère de la diligence raisonnable, qui est axé sur la conduite de la partie, ces trois critères portent sur la preuve présentée et ils constituent des conditions préalables à l'admission des éléments de preuve. Tous ceux qui, parmi ces derniers, ne satisfont pas à ces conditions d'admissibilité ne peuvent pas être admis en appel. Ces critères reflètent l'importance de parvenir à un résultat juste dans le contexte de l'instance, un principe qui est directement lié au bien-fondé de la décision rendue à l'issue du procès et à la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire.

Dans le contexte du droit de la famille, les éléments de preuve qui ne satisfont pas au critère de la diligence raisonnable ne devraient généralement pas être admis dans le cadre de l'appel d'une décision portant sur l'intérêt de l'enfant. Le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires sont particulièrement importants dans de telles affaires. Les enfants devraient être rassurés de savoir, avec un certain degré de certitude, où ils vont vivre et avec qui.

do what they can to promote it. Only in rare instances should an absence of due diligence be superseded by the interests of justice, such as in urgent matters requiring an immediate decision. This could also be the case where admitting the additional evidence does not offend the principle of finality despite the failure to meet the due diligence criterion, such as where the appellate court has already identified a material error in the trial judgment below and further evidence may help determine an appropriate order. Such exceptional circumstances do not dispense with the other *Palmer* criteria. Similarly, the best interests of the child cannot be routinely leveraged to ignore the due diligence criterion and admit additional evidence on appeal.

In family law cases, the admission of post-trial evidence on appeal may be unnecessary because legislative variation schemes permit a judge of first instance to vary a parenting order where a change of circumstances justifies a review of a child's best interests. The interest in reaching a just result can therefore be fostered through means other than an appeal and admission of post-trial evidence on appeal can therefore unnecessarily undermine finality and order in family law decisions. Courts must be wary of litigants using the *Palmer* framework to circumvent legislative schemes that provide specific procedures for review. An appeal is not an opportunity to avoid the evidentiary burden in a variation proceeding nor to seek a fresh determination after remedying gaps in a trial strategy with the assistance of the trial judge's reasons. Consequently, in an appeal of a parenting order, courts should consider whether a variation application would be more appropriate in the circumstances. Where an application for additional evidence amounts to what is in substance a disguised application to vary, a court may refuse to admit additional evidence without considering the *Palmer* criteria.

The Court's decision in *Gordon* sets out a two-stage inquiry for determining whether to vary a parenting order

La certitude quant à la décision rendue à l'issue d'un procès peut mettre un terme à une période d'agitation, de conflits et de coûts immenses, et les parties devraient faire tout ce qui est en leur pouvoir pour la favoriser. Ce n'est que dans de rares cas qu'il sera possible d'outrepasser le défaut de diligence raisonnable dans l'intérêt de la justice, comme dans les affaires urgentes exigeant une décision immédiate. Cela peut aussi être le cas lorsque l'admission d'éléments de preuve supplémentaires ne porte aucunement atteinte au principe du caractère définitif des décisions judiciaires, même si le critère de la diligence raisonnable n'a pas été respecté, par exemple, lorsque la juridiction d'appel a déjà relevé une erreur importante dans le jugement de première instance et que les éléments de preuve peuvent l'aider à déterminer l'ordonnance qui s'impose. L'existence de ces circonstances exceptionnelles ne dispense pas de l'application des autres critères de l'arrêt *Palmer*. De même, l'intérêt de l'enfant ne peut pas être systématiquement invoqué pour faire l'impasse sur le critère de la diligence raisonnable et faire admettre des éléments de preuve supplémentaires en appel.

Dans les causes en droit de la famille, l'admission en appel d'éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès peut s'avérer inutile parce que les mécanismes législatifs de modification permettent au juge de première instance de modifier une ordonnance parentale lorsque l'évolution de la situation justifie le réexamen de l'intérêt de l'enfant. La recherche d'un résultat juste peut donc être favorisée par d'autres moyens que l'appel et l'admission en appel d'éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès peut donc porter inutilement atteinte au principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires en ce qui a trait aux décisions en droit de la famille. Les tribunaux doivent se garder de permettre aux parties d'utiliser le cadre d'analyse de l'arrêt *Palmer* pour contourner les mécanismes législatifs qui prévoient des procédures de révision précises. Un appel ne doit pas donner à une partie l'occasion de se soustraire au fardeau de la preuve qui lui incombe dans une instance en modification; il ne doit pas non plus constituer une occasion de chercher à obtenir une nouvelle décision, après avoir remédié aux lacunes d'une stratégie adoptée au procès, en tirant profit des motifs du juge de première instance. Le tribunal saisi de l'appel d'une ordonnance parentale doit donc se demander si une demande en modification ne conviendrait pas mieux dans les circonstances. Lorsqu'une demande en production d'éléments de preuve supplémentaires équivaut en réalité à une demande en modification déguisée, le tribunal peut refuser d'admettre d'autres éléments de preuve, indépendamment des critères de l'arrêt *Palmer*.

L'arrêt *Gordon* de la Cour établit une analyse en deux étapes pour déterminer dans quels cas il y a lieu de modifier

and permit a custodial parent to relocate with the child: first, the party seeking a variation must show a material change in the child's circumstances; second, the judge must determine what order reflects the child's best interests in the new circumstances. Although *Gordon* concerned a variation order, courts have also applied the framework when determining a parenting arrangement at first instance, with appropriate modifications. As the first stage of the *Gordon* inquiry will likely not raise a contentious issue in relocation cases, determining the child's best interests will often constitute the crucial question.

For the past 25 years, case law has refined the *Gordon* framework. The 2019 amendments to the *Divorce Act* largely codified these refinements. Where the *Divorce Act* departs from *Gordon*, the changes reflect the collective judicial experience of applying the *Gordon* factors. While *Gordon* rejected a legal presumption in favour of either party, the *Divorce Act* now contains a burden of proof where there is a pre-existing parenting order, award or agreement (s. 16.93). And although *Gordon* restricted whether courts could consider a moving party's reasons for relocating, this is now an express consideration in the best interests of the child analysis (s. 16.92(1)(a)).

The new *Divorce Act* amendments also respond to issues identified in the case law over the past few decades. The language in s. 16(6) now expressly recognizes that the so-called maximum contact principle is only significant to the extent that it is in the child's best interests. This principle is better referred to as the parenting time factor, and must not be used to detract from the child-centric nature of the inquiry. Section 16.92(2) provides that trial judges shall not consider a parent's testimony that they would move with or without the child, and ss. 16(3)(j) and 16(4) instruct courts to consider any form of family violence and its impact on the perpetrator's ability to care for the child. Courts must consider family violence and its impact on the ability and willingness of any person who engaged in the family violence to care for and meet the needs of the child. This consideration is especially important in mobility cases.

une ordonnance parentale et de permettre au parent gardien de déménager avec l'enfant : la partie qui demande la modification de l'ordonnance doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant; le juge doit ensuite rendre l'ordonnance qui sert le mieux l'intérêt de l'enfant étant donné la nouvelle situation. Bien que l'arrêt *Gordon* ait porté sur une ordonnance modificative, les tribunaux ont aussi appliqué son cadre d'analyse pour déterminer des arrangements de garde en première instance, en y apportant les modifications appropriées. Comme le premier volet du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon* ne soulèvera probablement pas de question litigieuse dans les causes de déménagement, la détermination de l'intérêt de l'enfant constituera souvent la question cruciale.

Durant les 25 dernières années, la jurisprudence a précisé le cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon*. Les modifications apportées en 2019 à la *Loi sur le divorce* ont en grande partie codifié ces précisions. Là où la *Loi sur le divorce* diffère de l'arrêt *Gordon*, les changements reflètent l'expérience judiciaire collective découlant de l'application des facteurs énoncés dans cet arrêt. Bien que ce dernier ait rejeté l'adoption d'une présomption juridique favorable à l'une ou l'autre des parties, la *Loi sur le divorce* prévoit désormais un fardeau de preuve lorsqu'il existe déjà une ordonnance, une décision arbitrale ou une entente quant aux droits parentaux (art. 16.93). En outre, même si l'arrêt *Gordon* a restreint la capacité des tribunaux d'examiner les raisons pour lesquelles un parent souhaite déménager, il s'agit maintenant d'une considération expressément prévue dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant (al. 16.92(1)a)).

Les nouvelles modifications à la *Loi sur le divorce* répondent également aux questions cernées dans la jurisprudence durant les dernières décennies. Le libellé du par. 16(6) reconnaît désormais expressément que ce qu'on appelle le principe du contact maximum, n'est important que dans la mesure où ce contact est dans l'intérêt de l'enfant. Ce principe, qu'il serait préférable à l'avenir d'appeler le facteur du temps parental, ne doit pas être utilisé pour détourner de la nature de l'analyse qui est centrée sur l'enfant. Le paragraphe 16.92(2) prévoit que le juge de première instance ne doit pas tenir compte du témoignage d'un parent selon lequel il déménagerait avec ou sans l'enfant, et, selon l'al. 16(3)j) et le par. 16(4), les tribunaux doivent désormais tenir compte de la présence de violence familiale et de ses effets sur la capacité de son auteur à prendre soin de l'enfant. Les tribunaux doivent tenir compte de la violence familiale et de ses effets sur la capacité et la volonté de toute personne auteure de violence familiale de prendre soin de l'enfant et de satisfaire à ses besoins. Il s'agit d'un facteur particulièrement important dans les causes relatives à un déménagement.

In light of these refinements, the common law relocation framework can be restated as follows: courts must determine whether relocation is in the best interests of the child, having regard to the child's physical, emotional and psychological safety, security and well-being. This inquiry is highly fact-specific and discretionary, and the scope of appellate review is narrow. A court shall consider all factors related to the circumstances of the child, which may include the child's views and preferences, the history of caregiving, any incidents of family violence, or a child's cultural, linguistic, religious and spiritual upbringing and heritage. A court shall also consider each parent's willingness to support the development and maintenance of the child's relationship with the other parent, and give effect to the principle that a child should have as much time with each parent, as is consistent with the best interests of the child. How the outcome of an application would affect either parties' relocation plans should not be considered.

In the instant case, there was a significant risk that the high-conflict nature of the parents' relationship would impact the children if they stayed in Kelowna, and the mother needed her family's support to care for the children, which was only available in Telkwa. Moreover, the mother was more willing to facilitate a positive relationship between the children and the father than the converse, and there were findings of family violence. Accordingly, there was no reason to set aside the trial judge's decision that relocation was in the children's best interests.

Per Côté J. (dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The new evidence should be admitted, and the appeal should be remanded to the trial court for reconsideration of the children's best interests in light of the new evidence.

There is agreement with the majority that the test laid out in *Palmer* governs, as it applies to both fresh and new evidence, yet there is disagreement with the majority's application of *Palmer* to the facts of the appeal. The Court of Appeal's ultimate conclusion that the evidence is admissible should be upheld, but its treatment of *Palmer* and its decision to reassess the best interests of the children should be rejected. The *Gordon* framework is not properly before the Court, as the parties did not raise the issue. It should be left for another day.

À la lumière de ces précisions, le cadre d'analyse applicable au déménagement peut être reformulé de la façon suivante : le tribunal doit déterminer si le déménagement est dans l'intérêt de l'enfant, eu égard à sa sûreté, à sa sécurité et à son bien-être physiques, émotionnels et psychologiques. Cet examen est éminemment factuel et discrétionnaire, et la portée du contrôle en appel est restreinte. Le tribunal doit tenir compte de tous les facteurs liés à la situation de l'enfant dont, notamment, son point de vue et ses préférences, l'historique des soins qui lui ont été apportés, tout incident de violence familiale, ou encore son éducation et son patrimoine culturels, linguistiques, religieux et spirituels. Le tribunal doit aussi tenir compte de la volonté de chaque parent de favoriser le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre parent, et il doit donner effet au principe selon lequel l'enfant devrait passer avec chaque parent autant de temps que compatible avec son intérêt. Le tribunal ne tient pas compte de l'incidence qu'aurait l'issue de la demande sur les plans de l'une ou l'autre des parties de déménager.

En l'espèce, il existait un risque élevé que la nature très conflictuelle de la relation entre les parents ait une incidence sur les enfants s'ils restaient à Kelowna, et la mère avait besoin du soutien de sa famille pour prendre soin d'eux, un soutien qu'elle ne pouvait avoir qu'à Telkwa. En outre, la mère était davantage disposée à promouvoir une relation harmonieuse entre les enfants et le père que l'inverse, et le juge du procès a conclu à l'existence de violence familiale. Il n'existait donc aucun motif pour annuler la décision du juge du procès selon laquelle le déménagement était dans l'intérêt des enfants.

La juge Côté (dissidente en partie) : Le pourvoi devrait être accueilli en partie. Les nouveaux éléments de preuve devraient être admis, et l'appel renvoyé à la cour de première instance pour réexamen de l'intérêt des enfants à la lumière des nouveaux éléments de preuve.

Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que le test établi dans l'arrêt *Palmer* régit les faits de la présente affaire, puisqu'il s'applique tant à la preuve nouvelle qu'aux nouveaux éléments de preuve. Il y a toutefois désaccord avec les juges majoritaires quant à l'application de cet arrêt aux faits du présent pourvoi. La conclusion principale de la Cour d'appel selon laquelle les éléments de preuve sont admissibles devrait être confirmée, mais son traitement de l'arrêt *Palmer* et sa décision de réexaminer l'intérêt des enfants devraient être rejetés. La Cour n'est pas dûment saisie de la question du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon*, puisque les parties ne l'ont pas soulevée. Celle-ci devrait être tranchée à une autre occasion.

The *Palmer* test must be applied flexibly in all cases involving the welfare of children. A child's welfare is ongoing and fluid, and an accurate assessment of their current situation is of crucial importance on appeal. Although the rules for admitting new evidence are not designed to permit litigants to retry their cases, the best interests of a child may provide a compelling reason to admit evidence on appeal. An application to vary may in some circumstances be the appropriate procedure, but it remains adversarial in nature; as such, it would also cause strains on the parties' resources and delays.

Narrowing *Palmer*'s flexibility to exceptional cases is unduly rigid and undermines the specificity needed in cases involving children's welfare. Indeed, it would often deny judges the full context they need in order to make a sound determination of the best interests of the child in a particular case. Additionally, a rigid view of the *Palmer* criterion of due diligence focuses inordinately and narrowly on the litigant's conduct. The mere fact that new evidence could potentially have been obtained for the trial should not, on its own, preclude an appellate court from reviewing information that bears directly upon the welfare of a child. To be sure, a failure to meet the due diligence criterion is not always fatal, as it is not a condition precedent to admission. When this occurs, it must be determined whether the strength of the other *Palmer* criteria is such that failure to satisfy the due diligence requirement is overborne.

Appellate courts are not entitled to overturn trial court decisions simply because they would have made a different decision or balanced the factors differently. While the Court of Appeal was correct to admit the new evidence, it should not have used it as a pretext to reweigh the trial judge's findings regarding the relationship between the parties. Those findings were not affected by the new evidence and were entitled to appellate deference.

In this case, the new evidence could have affected the result at trial, as it bore on a critical aspect of the trial judge's reasoning. Finality, although important, should not tie the hands of a reviewing court so as to prevent it from crafting a remedy that would advance the best interests of the child. The matter should be remitted to the trial judge because of his extensive knowledge of the family and the

Le test de l'arrêt *Palmer* doit être appliqué avec flexibilité dans tous les dossiers où il est question du bien-être d'enfants. Ce bien-être est de nature évolutive et fluide, et il est crucial en appel d'évaluer la situation des enfants avec précision. Même si les règles relatives à l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve ne sont pas conçues pour permettre aux parties de plaider de nouveau leur cause, l'intérêt d'un enfant peut constituer un motif convaincant pour admettre des éléments de preuve en appel. Dans certaines circonstances, c'est une demande en modification qu'il convient de présenter, mais cette procédure reste de nature contradictoire et, à ce titre, elle aussi placerait un poids supplémentaire sur les ressources des parties et générerait des délais additionnels.

Restreindre l'application flexible de l'arrêt *Palmer* aux cas exceptionnels est indûment rigide et nuit à la spécificité nécessaire dans les dossiers où il est question du bien-être d'enfants. En effet, cette approche priverait souvent les juges du contexte complet dont ils ont besoin pour bien juger de l'intérêt de l'enfant dans un dossier donné. En outre, une approche rigide du critère de la diligence raisonnable du test de l'arrêt *Palmer* se concentre excessivement et étroitement sur la conduite du plaideur. Le simple fait que les nouveaux éléments de preuve auraient pu être obtenus pour le procès ne devrait pas, à lui seul, empêcher une cour d'appel d'examiner des renseignements qui concernent directement le bien-être d'un enfant. Autrement dit, le défaut de satisfaire au critère de la diligence raisonnable n'est pas toujours fatal puisqu'il ne s'agit pas d'une condition préalable à l'admission. En présence d'un tel défaut, il faut déterminer si les autres critères énoncés dans l'arrêt *Palmer* ont un poids tel qu'ils l'emportent sur l'omission de satisfaire au critère de diligence raisonnable.

Les cours d'appel ne sont pas autorisées à infirmer les décisions des tribunaux de première instance pour le seul motif qu'ils auraient rendu une décision différente ou soupesé les facteurs différemment. Bien que la Cour d'appel ait eu raison d'admettre les nouveaux éléments de preuve, elle n'aurait pas dû les utiliser comme prétexte pour soupeser de nouveau les conclusions du juge de première instance quant à la relation entre les parties. Ces nouveaux éléments de preuve ne portaient pas sur ces conclusions qui auraient dû faire l'objet de déférence en appel.

En l'espèce, les nouveaux éléments de preuve auraient pu influencer sur le résultat au procès, puisqu'ils concernent un aspect crucial du raisonnement du juge de première instance. Le caractère définitif des décisions judiciaires, bien qu'il soit important, ne devrait pas restreindre la latitude du tribunal d'appel au point de l'empêcher de concevoir une réparation qui favoriserait l'intérêt de l'enfant. L'affaire devrait être

children. Any additional delay and expense resulting from the reconsideration of this matter is justified by the need to assess the best interests of the children in light of their father's current circumstances.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27; **referred to:** *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *United States of America v. Shulman*, 2001 SCC 21, [2001] 1 S.C.R. 616; *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44; *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621; *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; *Stav v. Stav*, 2012 BCCA 154, 31 B.C.L.R. (5th) 302; *S.F.D. v. M.T.*, 2019 NBCA 62, 49 C.C.P.B. (2nd) 177; *R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197; *Child and Family Services of Winnipeg v. J.M.F.*, 2000 MBCA 145, 153 Man. R. (2d) 90; *Children's Aid Society of Windsor-Essex (County) v. B. (Y.)* (2004), 5 R.F.L. (6th) 269; *J.W.S. v. C.J.S.*, 2019 ABCA 153; *Sheikh (Re)*, 2019 ONCA 692; *Riel v. Riel*, 2017 SKCA 74, 99 R.F.L. (7th) 367; *Hellberg v. Netherclift*, 2017 BCCA 363, 2 B.C.L.R. (6th) 126; *North Vancouver (District) v. Lunde* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 201; *Jens v. Jens*, 2008 BCCA 392, 300 D.L.R. (4th) 136; *Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5; *Miller v. White*, 2018 PECA 11, 10 R.F.L. (8th) 251; *Beauchamp v. Beauchamp*, 2021 SKCA 148; *Cory v. Marsh* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 248; *Radcliff v. Radcliff* (2000), 7 R.F.L. (5th) 425; *Sengmueller v. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779; *Bent v. Platnick*, 2020 SCC 23, [2020] 2 S.C.R. 645; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Children's Aid Society of Halton (Region) v. A. (K.L.)* (2006), 32 R.F.L. (6th) 7; *Children's Aid Society of Toronto v. P. (D.)* (2005), 19 R.F.L. (6th) 267; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Canadian Foundation for*

renvoyée au juge de première instance puisqu'il a une connaissance approfondie de cette famille et des enfants. Tous les délais ou toutes les dépenses supplémentaires découlant du réexamen de cette question sont justifiés par la nécessité d'évaluer l'intérêt des enfants à la lumière de la situation actuelle de leur père.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts appliqués : *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; **arrêts mentionnés :** *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616; *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Grandview (Ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621; *Henderson c. Henderson* (1843), 3 Hare 100; *Stav c. Stav*, 2012 BCCA 154, 31 B.C.L.R. (5th) 302; *S.F.D. c. M.T.*, 2019 NBCA 62, 49 C.C.P.B. (2nd) 177; *R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *Child and Family Services of Winnipeg c. J.M.F.*, 2000 MBCA 145, 153 Man. R. (2d) 90; *Children's Aid Society of Windsor-Essex (County) c. B. (Y.)* (2004), 5 R.F.L. (6th) 269; *J.W.S. c. C.J.S.*, 2019 ABCA 153; *Sheikh (Re)*, 2019 ONCA 692; *Riel c. Riel*, 2017 SKCA 74, 99 R.F.L. (7th) 367; *Hellberg c. Netherclift*, 2017 BCCA 363, 2 B.C.L.R. (6th) 126; *North Vancouver (District) c. Lunde* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 201; *Jens c. Jens*, 2008 BCCA 392, 300 D.L.R. (4th) 136; *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5; *Miller c. White*, 2018 PECA 11, 10 R.F.L. (8th) 251; *Beauchamp c. Beauchamp*, 2021 SKCA 148; *Cory c. Marsh* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 248; *Radcliff c. Radcliff* (2000), 7 R.F.L. (5th) 425; *Sengmueller c. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779; *Bent c. Platnick*, 2020 CSC 23, [2020] 2 R.C.S. 645; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Children's Aid Society of Halton (Region) c. A. (K.L.)* (2006), 32 R.F.L. (6th) 7; *Children's Aid Society of Toronto c. P. (D.)* (2005), 19 R.F.L. (6th) 267; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670;

Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Hejzlar v. Mitchell-Hejzlar*, 2011 BCCA 230, 334 D.L.R. (4th) 49; *MacGyver v. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801; *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518; *Nunweiler v. Nunweiler*, 2000 BCCA 300, 186 D.L.R. (4th) 323; *L.D.D. v. J.A.D.*, 2010 NBCA 69, 364 N.B.R. (2d) 200; *Bjornson v. Creighton* (2002), 62 O.R. (3d) 236; *G.J. v. C.M.*, 2021 YKSC 20; *Droit de la famille — 2294*, 2022 QCCA 125; *Q. (R.E.) v. K. (G.J.)*, 2012 BCCA 146, 348 D.L.R. (4th) 622; *Ligate v. Richardson* (1997), 34 O.R. (3d) 423; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Folahan v. Folahan*, 2013 ONSC 2966; *Slade v. Slade*, 2002 YKSC 40; *Spencer v. Spencer*, 2005 ABCA 262, 257 D.L.R. (4th) 115; *D.P. v. R.B.*, 2009 PECA 12, 285 Nfld. & P.E.I.R. 61; *Hopkins v. Hopkins*, 2011 ABCA 372; *N.T. v. W.P.*, 2011 NLCA 47, 309 Nfld. & P.E.I.R. 350; *Morrill v. Morrill*, 2016 MBCA 66, 330 Man. R. (2d) 165; *Joseph v. Washington*, 2021 BCSC 2014; *Prokopchuk v. Borowski*, 2010 ONSC 3833, 88 R.F.L. (6th) 140; *Lawless v. Lawless*, 2003 ABQB 800; *Cameron v. Cameron*, 2003 MBQB 149, 41 R.F.L. (5th) 30; *Abbott-Ewen v. Ewen*, 2010 ONSC 2121, 86 R.F.L. (6th) 428; *N.D.L. v. M.S.L.*, 2010 NSSC 68, 289 N.S.R. (2d) 8; *E.S.M. v. J.B.B.*, 2012 NSCA 80, 319 N.S.R. (2d) 232; *Burns v. Burns*, 2000 NSCA 1, 183 D.L.R. (4th) 66; *L. (S.S.) v. W. (J.W.)*, 2010 BCCA 55, 316 D.L.R. (4th) 464; *Orring v. Orring*, 2006 BCCA 523, 276 D.L.R. (4th) 211; *Larose v. Larose*, 2002 BCCA 366, 1 B.C.L.R. (4th) 262; *H.S. v. C.S.*, 2006 SKCA 45, 279 Sask. R. 55; *D.A.F. v. S.M.O.*, 2004 ABCA 261, 354 A.R. 387; *Harnett v. Clements*, 2019 NLCA 53, 30 R.F.L. (8th) 49; *C.M. v. R.L.*, 2013 NSFC 29; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801.

By Côté J. (dissenting in part)

Palmer v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 759; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *T.G. v. Nova Scotia (Minister of Community Services)*, 2012 NSCA 43, 316 N.S.R. (2d) 202; *C.K.S. v. O.S.S.*, 2014 ABCA 416; *Bacic v. Ivakic*, 2017 SKCA 23, 409 D.L.R. (4th) 571; *P. (J.) v. P. (J.)*, 2016 SKCA 168, 89 R.F.L. (7th) 92; *O. (A.) v. E. (T.)*, 2016 SKCA 148, 88 R.F.L. (7th) 34; *C.L.B. v. J.A.B.*, 2016 SKCA 101, 484 Sask. R. 228; *Shorridge-Tsuchiya v. Tsuchiya*, 2010 BCCA 61,

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Hejzlar c. Mitchell-Hejzlar*, 2011 BCCA 230, 334 D.L.R. (4th) 49; *MacGyver c. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801; *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518; *Nunweiler c. Nunweiler*, 2000 BCCA 300, 186 D.L.R. (4th) 323; *L.D.D. c. J.A.D.*, 2010 NBCA 69, 364 R.N.-B. (2e) 200; *Bjornson c. Creighton* (2002), 62 O.R. (3d) 236; *G.J. c. C.M.*, 2021 YKSC 20; *Droit de la famille — 2294*, 2022 QCCA 125; *Q. (R.E.) c. K. (G.J.)*, 2012 BCCA 146, 348 D.L.R. (4th) 622; *Ligate c. Richardson* (1997), 34 O.R. (3d) 423; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Folahan c. Folahan*, 2013 ONSC 2966; *Slade c. Slade*, 2002 YKSC 40; *Spencer v. Spencer*, 2005 ABCA 262, 257 D.L.R. (4th) 115; *D.P. c. R.B.*, 2009 PECA 12, 285 Nfld. & P.E.I.R. 61; *Hopkins c. Hopkins*, 2011 ABCA 372; *N.T. c. W.P.*, 2011 NLCA 47, 309 Nfld. & P.E.I.R. 350; *Morrill c. Morrill*, 2016 MBCA 66, 330 Man. R. (2d) 165; *Joseph c. Washington*, 2021 BCSC 2014; *Prokopchuk c. Borowski*, 2010 ONSC 3833, 88 R.F.L. (6th) 140; *Lawless c. Lawless*, 2003 ABQB 800; *Cameron c. Cameron*, 2003 MBQB 149, 41 R.F.L. (5th) 30; *Abbott-Ewen c. Ewen*, 2010 ONSC 2121, 86 R.F.L. (6th) 428; *N.D.L. c. M.S.L.*, 2010 NSSC 68, 289 N.S.R. (2d) 8; *E.S.M. c. J.B.B.*, 2012 NSCA 80, 319 N.S.R. (2d) 232; *Burns c. Burns*, 2000 NSCA 1, 183 D.L.R. (4th) 66; *L. (S.S.) c. W. (J.W.)*, 2010 BCCA 55, 316 D.L.R. (4th) 464; *Orring c. Orring*, 2006 BCCA 523, 276 D.L.R. (4th) 211; *Larose c. Larose*, 2002 BCCA 366, 1 B.C.L.R. (4th) 262; *H.S. c. C.S.*, 2006 SKCA 45, 279 Sask. R. 55; *D.A.F. c. S.M.O.*, 2004 ABCA 261, 354 A.R. 387; *Harnett c. Clements*, 2019 NLCA 53, 30 R.F.L. (8th) 49; *C.M. c. R.L.*, 2013 NSFC 29; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801.

Citée par la juge Côté (dissidente en partie)

Palmer c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 759; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *T.G. c. Nova Scotia (Minister of Community Services)*, 2012 NSCA 43, 316 N.S.R. (2d) 202; *C.K.S. c. O.S.S.*, 2014 ABCA 416; *Bacic c. Ivakic*, 2017 SKCA 23, 409 D.L.R. (4th) 571; *P. (J.) c. P. (J.)*, 2016 SKCA 168, 89 R.F.L. (7th) 92; *O. (A.) c. E. (T.)*, 2016 SKCA 148, 88 R.F.L. (7th) 34; *C.L.B. c. J.A.B.*, 2016 SKCA 101, 484 Sask. R. 228; *Shorridge-Tsuchiya c. Tsuchiya*, 2010 BCCA 61,

315 D.L.R. (4th) 498; *Jiang v. Shi*, 2017 BCCA 232; *PT v. Alberta*, 2019 ABCA 158, 88 Alta. L.R. (6th) 235; *G (JD) v. G (SL)*, 2017 MBCA 117, [2018] 4 W.W.R. 543; *Babich v. Babich*, 2020 SKCA 25; *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487; *K.K. v. M.M.*, 2022 ONCA 72; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518.

Statutes and Regulations Cited

Children’s Law Act, 2020, S.S. 2020, c. 2, ss. 13 to 17.
Children’s Law Act, S.P.E.I. 2020, c. 59, ss. 46 to 52.
Children’s Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 39.4.
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 2(1) “family violence” [am. 2019, c. 16, s. 1(7)], 16 [*idem*, s. 12], 16.92(1) [ad. *idem*, s. 12], (2) [*idem*], 16.93 [*idem*], 17(5) [am. *idem*, s. 13(2)], (5.2) [ad. *idem*], (9) [rep. *idem*, s. 13(4)], 35.3 [ad. *idem*, s. 34].
Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25, ss. 65 to 71.
Family Law Act, S.N.B. 2020, c. 23, ss. 60 to 66.
Parenting and Support Act, R.S.N.S. 1989, c. 160, ss. 18E to 18H.

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 3(1).

Authors Cited

Artz, Sibylle, et al. “A Comprehensive Review of the Literature on the Impact of Exposure to Intimate Partner Violence for Children and Youth” (2014), 5 *I.J.C.Y.F.S.* 493.
 Bailey, Allen M. “Prioritizing Child Safety as the Prime Best-Interest Factor” (2013), 47 *Fam. L.Q.* 35.
 Bala, Nicholas. “Bill C-78: The 2020 Reforms to the Parenting Provisions of Canada’s *Divorce Act*” (2020), 39 *C.F.L.Q.* 45.
 Boyd, Susan B., and Ruben Lindy. “Violence Against Women and the B.C. *Family Law Act*: Early Jurisprudence” (2016), 35 *C.F.L.Q.* 101.
 Canada. Department of Justice. *A Study of Post-Separation/Divorce Parental Relocation*, by Nicholas Bala et al. Ottawa, 2014.
 Canada. Department of Justice. *Risk Factors for Children in Situations of Family Violence in the Context of Separation and Divorce*, by Peter Jaffe et al. Ottawa, February 2014.

315 D.L.R. (4th) 498; *Jiang c. Shi*, 2017 BCCA 232; *PT c. Alberta*, 2019 ABCA 158, 88 Alta. L.R. (6th) 235; *G (JD) c. G (SL)*, 2017 MBCA 117, [2018] 4 W.W.R. 543; *Babich c. Babich*, 2020 SKCA 25; *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487; *K.K. c. M.M.*, 2022 ONCA 72; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518.

Lois et règlements cités

Children’s Law Act, S.P.E.I. 2020, c. 59, art. 46 à 52.
Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25, art. 65 à 71.
Loi de 2020 sur le droit de l’enfance, L.S. 2020, c. 2, art. 13 à 17.
Loi portant réforme du droit de l’enfance, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 39.4.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), art. 2(1) « violence familiale » [mod. 2019, c. 16, art. 1(7)], 16 [*idem*, art. 12], 16.92(1) [aj. *idem*, art. 12], (2) [*idem*], 16.93 [*idem*], 17(5) [mod. *idem*, art. 13(2)], (5.2) [aj. *idem*], (9) [abr. *idem*, art. 13(4)], 35.3 [aj. *idem*, art. 34].
Loi sur le droit de la famille, L.N.-B. 2020, c. 23, art. 60 à 66.
Parenting and Support Act, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 18E à 18H.

Traités et autres instruments internationaux

Convention relative aux droits de l’enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).

Doctrine et autres documents cités

Artz, Sibylle, et al. « A Comprehensive Review of the Literature on the Impact of Exposure to Intimate Partner Violence for Children and Youth » (2014), 5 *I.J.C.Y.F.S.* 493.
 Bailey, Allen M. « Prioritizing Child Safety as the Prime Best-Interest Factor » (2013), 47 *Fam. L.Q.* 35.
 Bala, Nicholas. « Bill C-78 : The 2020 Reforms to the Parenting Provisions of Canada’s *Divorce Act* » (2020), 39 *C.F.L.Q.* 45.
 Boyd, Susan B., and Ruben Lindy. « Violence Against Women and the B.C. *Family Law Act* : Early Jurisprudence » (2016), 35 *C.F.L.Q.* 101.
 Canada. Ministère de la Justice. *Étude sur le déménagement des parents après le divorce ou la séparation*, par Nicholas Bala et al., Ottawa, 2014.
 Canada. Ministère de la Justice. *Les facteurs de risque pour les enfants exposés à la violence familiale dans le contexte de la séparation ou du divorce*, par Peter Jaffe et al., Ottawa, février 2014.

- El Fateh, Eiad. “A Presumption for the Best?” (2009), 25 *Can. J. Fam. L.* 73.
- Handley, K. R. *Spencer Bower and Handley: Res Judicata*, 4th ed. London: LexisNexis, 2009.
- Jaffe, Peter G., Claire V. Crooks and Nicholas Bala. “A Framework for Addressing Allegations of Domestic Violence in Child Custody Disputes” (2009), 6 *J. Child Custody* 169.
- Jollimore, Elizabeth, and Ramona Sladic. “Mobility — Are We There Yet?” (2008), 27 *C.F.L.Q.* 341.
- Kelly, Fiona. “Enforcing a Parent/Child Relationship At All Cost? Supervised Access Orders in the Canadian Courts” (2011), 49 *Osgoode Hall L.J.* 277.
- Leach, Carolyn, Elizabeth McCarty and Michelle Cheung. “Further Evidence in Child Protection Appeals in Ontario” (2012), 31 *C.F.L.Q.* 177.
- Martinson, Donna, and Margaret Jackson. “Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases” (2017), 30 *Can. J. Fam. L.* 11.
- Neilson, Linda C. *Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection Cases*, 2nd ed. Ottawa: Canadian Legal Information Institute, 2020, 2017 CanLIIDocs 2 (online: <https://canlii.ca/t/ng>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC22_1_eng.pdf).
- Thompson, D. A. Rollie. “Ten Years After *Gordon*: No Law, Nowhere” (2007), 35 *R.F.L.* (6th) 307.
- Thompson, Rollie. “Where Is B.C. Law Going? The New Mobility” (2012), 30 *C.F.L.Q.* 235.
- El Fateh, Eiad. « A Presumption for the Best? » (2009), 25 *Rev. can. d. fam.* 73.
- Handley, K. R. *Spencer Bower and Handley : Res Judicata*, 4th ed., London, LexisNexis, 2009.
- Jaffe, Peter G., Claire V. Crooks and Nicholas Bala. « A Framework for Addressing Allegations of Domestic Violence in Child Custody Disputes » (2009), 6 *J. Child Custody* 169.
- Jollimore, Elizabeth, and Ramona Sladic. « Mobility — Are We There Yet? » (2008), 27 *C.F.L.Q.* 341.
- Kelly, Fiona. « Enforcing a Parent/Child Relationship At All Cost? Supervised Access Orders in the Canadian Courts » (2011), 49 *Osgoode Hall L.J.* 277.
- Leach, Carolyn, Elizabeth McCarty and Michelle Cheung. « Further Evidence in Child Protection Appeals in Ontario » (2012), 31 *C.F.L.Q.* 177.
- Martinson, Donna, and Margaret Jackson. « Family Violence and Evolving Judicial Roles : Judges as Equality Guardians in Family Law Cases » (2017), 30 *Rev. can. d. fam.* 11.
- Neilson, Linda C. *Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection Cases*, 2nd ed., Ottawa, Institut canadien d’information juridique, 2020, 2017 CanLIIDocs 2 (en ligne : <https://canlii.ca/t/ng>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC22_1_eng.pdf).
- Thompson, D. A. Rollie. « Ten Years After *Gordon* : No Law, Nowhere » (2007), 35 *R.F.L.* (6th) 307.
- Thompson, Rollie. « Where Is B.C. Law Going? The New Mobility » (2012), 30 *C.F.L.Q.* 235.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, DeWitt-Van Oosten and Voith JJ.A.), 2021 BCCA 11, 45 B.C.L.R. (6th) 14, 50 R.F.L. (8th) 1, [2021] B.C.J. No. 38 (QL), 2021 CarswellBC 46 (WL), setting aside in part a decision of Saunders J., 2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, [2019] B.C.J. No. 2460 (QL), 2019 CarswellBC 3770 (WL). Appeal allowed, Côté J. dissenting in part.

Darius Bossé, Mark Power and Ryan Beaton, for the appellant.

Georgiale A. Lang, for the respondent.

Ian Ross, Caterina E. Tempesta and Samantha Wisnicki, for the intervener the Office of the Children’s Lawyer.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, DeWitt-Van Oosten et Voith), 2021 BCCA 11, 45 B.C.L.R. (6th) 14, 50 R.F.L. (8th) 1, [2021] B.C.J. No. 38 (QL), 2021 CarswellBC 46 (WL), qui a infirmé en partie une décision du juge Saunders, 2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, [2019] B.C.J. No. 2460 (QL), 2019 CarswellBC 3770 (WL). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente en partie.

Darius Bossé, Mark Power et Ryan Beaton, pour l’appelante.

Georgiale A. Lang, pour l’intimé.

Ian Ross, Caterina E. Tempesta et Samantha Wisnicki, pour l’intervenant le Bureau de l’avocat des enfants.

Claire E. Hunter, Q.C., Kate Feeney, Kimberley Hawkins and Diana C. Sepúlveda, for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund Association and the Rise Women’s Legal Centre.

Claire E. Hunter, c.r., Kate Feeney, Kimberley Hawkins et Diana C. Sepúlveda, pour les intervenants West Coast Legal Education and Action Fund Association et Rise Women’s Legal Centre.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal rendu par

KARAKATSANIS J. —

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Overview

I. Aperçu

[1] An appeal is not a retrial. Nor is it licence for an appellate court to review the evidence afresh. When appellate courts stray beyond the proper bounds of review, finality and order in our system of justice is compromised. But not every trial decision can weather a dynamic and unpredictable future. Once it is rendered, lives go on and circumstances may change. When additional evidence is put forward, how should appellate courts reconcile the need for finality and order in our legal system with the need for decisions that reflect the just result in the proceedings before the court? And conversely, what framework should guide trial judges when they determine whether relocation is in a child’s best interests, to ensure a just result that can navigate what lies ahead? This appeal raises both questions.

[1] Un appel n’est ni un nouveau procès ni une occasion pour le tribunal d’appel de réexaminer la preuve. Lorsque celui-ci s’aventure au-delà du cadre d’intervention qui lui est dévolu, le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires dans notre système de justice s’en trouvent compromis. Toutes les décisions rendues à l’issue d’un procès ne peuvent toutefois résister aux aléas et à l’épreuve du temps. Une fois qu’elles ont été rendues, la vie continue et les circonstances peuvent changer. Comment les juridictions d’appel doivent-elles s’y prendre pour concilier l’impératif de notre système de justice de protéger le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires avec celui d’atteindre un résultat juste dans le cadre de l’instance lorsque des éléments de preuve supplémentaires sont présentés? Par ailleurs, quels paramètres doivent guider les juges de première instance qui sont appelés à décider si un déménagement important est dans l’intérêt de l’enfant afin d’assurer l’atteinte d’un résultat juste pouvant s’adapter au futur? Le présent pourvoi soulève ces deux questions.

[2] The Court must first determine the test that applies to the admission of additional evidence on appeal. The Court is asked to decide whether a legal distinction should be drawn between admitting “fresh evidence” (concerning events that occurred before trial) and “new evidence” (concerning events that occurred after trial).

[2] La Cour doit d’abord déterminer le test s’appliquant à l’admission d’éléments de preuve supplémentaires en appel. Elle est appelée à décider s’il y a lieu d’établir une distinction juridique entre l’admission d’une « preuve nouvelle » (portant sur des faits survenus avant le procès) et l’admission de « nouveaux éléments de preuve » (ayant trait à des faits survenus après le procès).

[3] In my view, the test in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, applies whenever a party seeks to adduce additional evidence on appeal for the purpose of reviewing the decision below, regardless of whether the evidence relates to facts that occurred before or after trial. Appellate courts must apply the *Palmer* criteria to determine whether finality and order in the administration of justice must yield in service of a just outcome. The overarching consideration is the interests of justice, regardless of when the evidence, or fact, came into existence.

[4] In cases where the best interests of the child are the primary concern, the *Palmer* test is sufficiently flexible to recognize that it may be in the interests of justice for a court to have more context before rendering decisions that could profoundly alter the course of a child's life. At the same time, finality and order are critically important in family proceedings, and factual developments that occur subsequent to trial are usually better addressed through variation procedures.

[5] In this case, the Court of Appeal for British Columbia held that *Palmer* did not strictly govern the admission of new evidence on appeal. Instead, it applied a different test and admitted the evidence. It erred in doing so.

[6] In my view, the evidence did not satisfy the *Palmer* criteria. The respondent sought to overturn an unfavourable trial outcome by adducing evidence on appeal that could have been available at first instance, had he acted with due diligence. Effectively, he was allowed to remedy the deficiencies in his trial evidence on appeal — with the benefit, and guidance, of the trial reasons. This gave rise to considerable unfairness. And in any event, evidence in family law appeals that is tendered for the purpose of showing a material

[3] À mon avis, le test énoncé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, s'applique chaque fois qu'une partie cherche à produire des éléments de preuve supplémentaires dans le cadre d'un appel dans le but de faire réexaminer la décision rendue en première instance, que ces éléments de preuve concernent des faits survenus avant ou après le procès. Les juridictions d'appel doivent appliquer le test de l'arrêt *Palmer* pour déterminer si le caractère définitif des décisions et le déroulement ordonné des procédures dans le cadre de l'administration de la justice doivent céder le pas au profit de la recherche d'un résultat juste. Le facteur primordial est l'intérêt de la justice, peu importe à quand remontent la preuve ou les faits en cause.

[4] Dans les cas où l'intérêt de l'enfant est la principale préoccupation, le test de l'arrêt *Palmer* est suffisamment souple pour qu'on puisse reconnaître qu'il est peut-être préférable, dans l'intérêt de la justice, que le tribunal dispose d'un contexte plus étoffé avant de rendre une décision susceptible de modifier en profondeur le cours de la vie d'un enfant. Cela dit, le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires revêtent une importance capitale dans les instances en droit de la famille, et il est habituellement préférable d'examiner les faits nouveaux survenus depuis le procès dans le cadre d'une demande en modification.

[5] Dans le cas qui nous occupe, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que le test de l'arrêt *Palmer* ne régissait pas strictement l'admission en appel des nouveaux éléments de preuve. Elle a plutôt appliqué un test différent et admis les éléments de preuve. Ce faisant, elle a commis une erreur.

[6] À mon avis, les éléments de preuve ne satisfaisaient pas au test de l'arrêt *Palmer*. L'intimé a cherché à faire infirmer une décision lui étant défavorable rendue à l'issue du procès. Pour ce faire, il a présenté, en appel, des éléments de preuve qu'il aurait pu produire au procès s'il avait fait preuve de diligence raisonnable. En réalité, on lui a permis, dans le cadre de l'appel, de remédier aux lacunes de la preuve qu'il avait présentée au procès, en bénéficiant des motifs du juge de première instance.

change of circumstances is more appropriately raised at a variation hearing. *Palmer* should not be used to circumvent a variation scheme that Parliament specifically designed to address such developments. Admission of this evidence on appeal was not in the interests of justice.

[7] The second broad issue in this case relates to the legal framework for determining whether it is in a child's best interests to allow a parent to relocate with the child, away from the other parent. It concerns the application of *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, as refined by the case law over the past two decades and viewed in light of the recent amendments of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.).

[8] Determining the best interests of the child is a heavy responsibility, with profound impacts on children, families and society. In many cases, the answer is difficult — the court must choose between competing and often compelling visions of how to best advance the needs and interests of the child. The challenge is even greater in mobility cases. Geographic distance reduces flexibility, disrupts established patterns, and inevitably impacts the relationship between a parent and a child. The forward-looking nature of relocation cases requires judges to craft a disposition at a fixed point in time that is both sensitive to that child's present circumstances and can withstand the test of time and adversity.

[9] The law relating to the best interests of the child has long emphasized the need for individualized and discretionary decision making. But children also need predictability and certainty. To balance these competing interests, the law provides a framework and factors to structure a judge's discretion. This case

Cela a entraîné de graves injustices. Par ailleurs, en tout état de cause, des éléments de preuve présentés dans le cadre d'un appel en droit de la famille pour démontrer qu'est survenu un changement de situation important devraient préférablement être soumis dans le cadre de procédures en modification. L'arrêt *Palmer* ne doit pas servir à contourner un mécanisme de modification expressément conçu par le Parlement pour traiter ce type de changement. L'admission de ces éléments de preuve en appel n'était pas dans l'intérêt de la justice.

[7] La seconde grande question qui se pose en l'espèce a trait au cadre d'analyse pour déterminer s'il est dans l'intérêt d'un enfant de permettre à l'un des deux parents d'aller vivre avec lui loin de l'autre parent. Elle concerne l'application de l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27 — tel qu'il a été précisé par la jurisprudence au cours des deux dernières décennies et à la lumière des modifications récentes apportées à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.).

[8] Déterminer l'intérêt de l'enfant est une lourde responsabilité qui a des répercussions profondes sur lui, sur la famille et sur la société. Dans bien des cas, cette détermination est ardue, dès lors que le tribunal doit choisir entre des visions concurrentes et souvent convaincantes de la meilleure façon de répondre aux besoins et aux intérêts de l'enfant. La difficulté est accentuée dans les affaires où il est question de déménagement. La distance géographique réduit la flexibilité, bouleverse les habitudes ancrées et a inévitablement un impact sur la relation entre un des parents et l'enfant. La nature prospective des affaires où il est question d'un déménagement exige qu'à un moment bien précis, le juge rende une décision qui tienne compte de la situation actuelle de l'enfant et qui puisse résister à l'épreuve du temps et à l'adversité.

[9] Le droit relatif à l'intérêt de l'enfant insiste depuis longtemps sur la nécessité pour les juges de rendre des décisions individualisées et qui reposent sur l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Les enfants ont toutefois également besoin de prévisibilité et de certitude. Pour trouver un équilibre

calls on the Court to examine how some of those considerations apply in mobility cases. In particular, I clarify that a moving parent’s reasons for relocation and the “maximum contact factor” are relevant only to the extent they bear upon the best interests of the child; a parent’s testimony about whether they will move regardless of the outcome of the relocation application should not be considered; and family violence is a significant factor impacting the best interests of the child.

[10] Here, the trial judge did not err in his conclusion that relocation was in the best interests of the children. His factual findings and the weight he ascribed to factors bearing on the children’s best interests warranted deference on appeal. In the absence of any reviewable error, the Court of Appeal was wrong to intervene.

[11] At the conclusion of the hearing, the Court (Côté J. dissenting in part) allowed the appeal and restored the trial judge’s order, for reasons to follow. These are the reasons.

II. Background

[12] Ashley Barendregt, the mother, met Geoff Grebliunas, the father, in 2011 in the Bulkley Valley, in northern British Columbia. She followed him to Kelowna in 2012, where he had moved for a change of scenery. Soon after, they got married. They bought a house and had two boys, who were aged three and five at the time of trial in 2019. They shared parenting duties throughout the marriage.

[13] The home purchase, already a burden on their modest finances, proved to be a project. An electrical

entre ces intérêts divergents, la loi fournit un cadre d’analyse et énumère des facteurs pour encadrer l’exercice, par les juges, de leur pouvoir discrétionnaire. En l’espèce, notre Cour est appelée à examiner comment ces facteurs s’appliquent dans les affaires où il est question d’un déménagement important. Plus précisément, je clarifie que les raisons pour lesquelles le parent déménage et le « facteur du contact maximum » ne sont pertinents que dans la mesure où ils ont une incidence sur l’intérêt de l’enfant; que l’affirmation du parent selon laquelle il déménagera peu importe l’issue de la demande relative au déménagement ne devrait pas être prise en compte; et que la présence de violence familiale est un facteur significatif lorsqu’il s’agit de déterminer l’intérêt de l’enfant.

[10] Dans le cas qui nous occupe, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur en concluant que le déménagement était dans l’intérêt des enfants. Les conclusions de fait qu’il a tirées et le poids qu’il a accordé aux facteurs ayant une incidence sur l’intérêt des enfants commandaient la déférence en appel. En l’absence d’erreur révisable, la Cour d’appel a eu tort d’intervenir.

[11] À la clôture de l’audience, notre Cour a accueilli le pourvoi (la juge Côté s’est dite dissidente en partie) et a rétabli l’ordonnance du juge de première instance, pour des motifs devant être rendus ultérieurement. Voici ces motifs.

II. Contexte

[12] Ashley Barendregt, la mère, a rencontré Geoff Grebliunas, le père, en 2011 dans la vallée de Bulkley, dans le nord de la Colombie-Britannique. Elle l’a suivi à Kelowna en 2012, où il avait déménagé pour changer d’air. Peu de temps après, ils se sont mariés, ont acheté une maison et ont eu deux garçons, qui étaient âgés respectivement de trois et de cinq ans au moment du procès en 2019. La mère et le père se sont partagé les tâches parentales tout au long du mariage.

[13] La maison, dont l’achat constituait déjà une lourde charge pour leurs modestes moyens, s’est

fire shortly after they moved in exposed underlying problems — “rodents, water ingress, mould, and compromise of a structural floor joist” (2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, at para. 6) — that the father, with his background in carpentry, pledged to repair. He tore out drywall, planning to proceed room by room. But progress was slow. By trial, six years later, the house remained an “ongoing construction project” (trial reasons, at para. 5), with a makeshift kitchen and an only recently completed upstairs bathroom. The father’s own expert witness described it as “a working environment, not a living environment”: para. 33. Significant money was needed to bring it to marketable condition — funds the couple lacked, being well into six figures of debt by trial.

[14] Their relationship ended in November 2018, when the father “likely” assaulted the mother during an argument. That night, she drove the 2 boys some 10 hours to her parents’ home in Telkwa, a village in the Bulkley Valley. The parenting arrangement that emerged in the aftermath was formalized in an interim order, splitting parenting time between the parents, alternately in Telkwa and Kelowna, before they agreed to keep the children in Kelowna with the father. When the mother returned to Kelowna, they were to alternate weekly parenting time. But she did not return. A court order gave her parenting time with the boys in Telkwa in August 2019, but she had no further parenting time before the trial, which was held later that year.

[15] The central issue at trial was whether the children should be relocated to Telkwa with the mother or remain in Kelowna. She was willing to move to Kelowna if the father prevailed; he was unwilling to move to the Bulkley Valley under any circumstances.

transformée en chantier permanent. Un incendie d’origine électrique survenu peu après leur emménagement a révélé des problèmes sous-jacents — [TRADUCTION] « présence de rongeurs, infiltration d’eau, moisissures, et état précaire d’une solive de plancher structurelle » (2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, par. 6) — que le père, fort de son expérience en menuiserie, s’est engagé à réparer. Il a arraché des cloisons sèches, prévoyant de procéder pièce par pièce, mais les progrès étaient lents. Au moment du procès, six ans plus tard, la maison était encore un [TRADUCTION] « chantier de construction en cours » (motifs de première instance, par. 5), avec une cuisine de fortune et une salle de bain à l’étage qui n’avait été achevée que depuis peu. Le témoin expert du père l’a lui-même décrite comme un [TRADUCTION] « lieu de travail, et non un lieu de vie » : par. 33. Il fallait beaucoup d’argent pour la rendre en état d’être mise sur le marché — des fonds que le couple n’avait pas, étant endetté pour bien au-delà de 100 000 \$ au moment du procès.

[14] Les époux se sont séparés en novembre 2018, lorsque le père a [TRADUCTION] « probablement » agressé la mère durant une dispute. Ce soir-là, celle-ci a fait un trajet d’une dizaine d’heures en voiture pour emmener les deux garçons chez ses parents à Telkwa, un village de la vallée de Bulkley. L’arrangement pour la garde conclu par la suite a été officialisé dans une ordonnance provisoire répartissant le temps parental entre les parents, alternativement à Telkwa et à Kelowna, avant qu’ils ne s’entendent pour confier la garde des enfants au père, à Kelowna. Il était prévu que, lorsque la mère retournerait dans cette ville, les parents auraient du temps parental à tour de rôle une semaine à la fois, mais elle n’y est pas retournée. Une ordonnance judiciaire lui a accordé du temps parental avec les garçons à Telkwa en août 2019, mais elle n’en a pas obtenu d’autre avant le procès, qui a eu lieu plus tard la même année.

[15] Au procès, le débat portait essentiellement sur la question de savoir si les enfants devaient déménager pour aller vivre avec leur mère à Telkwa ou rester à Kelowna. La mère se disait prête à déménager à Kelowna si le père obtenait gain de cause; le père, lui, ne voulait en aucun cas déménager dans la vallée de Bulkley.

[16] After a nine-day trial, the judge awarded primary residence of the children to the mother and allowed them to relocate to Telkwa. The father appealed and sought to adduce additional evidence. The Court of Appeal admitted the evidence, set aside the trial decision, and ordered the children to be returned to Kelowna. That decision was stayed pending appeal to this Court.

III. Decisions Below

A. *Supreme Court of British Columbia, 2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331 (Saunders J.)*

[17] The trial judge found that both parents played active parts in raising the children, and relocation to Telkwa would have a significant impact on the children’s relationship with their father. Two key issues, however, favoured the move.

[18] The more significant issue was the parties’ acrimonious relationship and its implications for the children. He doubted they could collaborate to promote the children’s best interests. Their marriage had involved “possibly some degree of emotional abuse”; the father had assaulted and emotionally traumatized the mother; and his conduct at trial was “abusive, and profoundly offensive”: para. 41. There was, he found, “compelling evidence of [the father’s] continuing animosity towards [the mother]”: para. 42.

[19] He concluded that granting the mother primary care of the children would be in their best interests. She was more likely than the father to promote a positive attitude in the boys toward the other parent, and distancing the parents would help isolate the children from their discord. It was also unlikely that the parents could work cooperatively to promote the children’s best interests in a shared parenting structure in the near future. The children would furthermore

[16] Au terme d’un procès de neuf jours, le juge a accordé la résidence principale des enfants à la mère et leur a permis de déménager à Telkwa. Le père a interjeté appel et a cherché à produire des éléments de preuve supplémentaires. La Cour d’appel a admis ces éléments de preuve, annulé la décision rendue à l’issue du procès et ordonné le retour des enfants à Kelowna. L’exécution de cette décision a été suspendue en attendant l’issue du pourvoi formé devant notre Cour.

III. Juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331 (le juge Saunders)*

[17] Le juge de première instance a conclu que les deux parents jouaient un rôle actif dans l’éducation des enfants et que le déménagement à Telkwa aurait un impact important sur leur relation avec leur père. Deux éléments militaient toutefois en faveur du déménagement.

[18] L’élément le plus important était la relation acrimonieuse entre les parties et ses conséquences pour les enfants. Le juge de première instance doutait que les parents puissent collaborer pour promouvoir l’intérêt des enfants. Leur mariage avait [TRADUCTION] « *possiblement [comporté] un certain degré de violence psychologique* »; le père avait agressé et traumatisé psychologiquement la mère et avait adopté au procès un comportement [TRADUCTION] « *empreint de violence et profondément offensant* » : para. 41. Le juge a conclu qu’il y avait [TRADUCTION] « *des preuves convaincantes de l’animosité persistante [du père] envers [la mère]* » : para. 42.

[19] Il a estimé qu’il était dans l’intérêt des enfants de confier leur garde principale à la mère. Celle-ci était plus susceptible que le père de promouvoir chez les garçons une attitude positive envers l’autre parent, et le fait de créer une distance entre elle et le père contribuerait à mettre les enfants à l’abri de leurs querelles. Il était également peu probable que, dans un avenir rapproché, les parents collaborent pour favoriser l’intérêt des enfants dans le cadre

benefit indirectly from the mother living in Telkwa, where she had a stronger support network.

[20] The “less significant” issue was the parties’ financial situation: para. 31. The house needed an influx of money to make it habitable. The father said he would accelerate the renovations but had not prepared a budget for the ongoing work. His plan to live in the house with the boys depended on his parents paying off the mortgage and line of credit, an arrangement they had yet to confirm by trial. The judge concluded that the father’s ability to remain in the house, or even in West Kelowna, was less than certain.

[21] The trial judge concluded that relocation would best promote the children’s interests. He awarded the mother primary residence and granted her application.

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2021 BCCA 11, 45 B.C.L.R. (6th) 14 (Newbury, DeWitt-Van Oosten and Voith J.J.A.)*

[22] The appeal proceeded, and the hearing had nearly ended, when the father’s counsel informed the court that her client’s financial situation had suddenly changed. The father later elaborated in an affidavit: he had taken steps to purchase the mother’s interest in the property; his parents had purchased a half interest in the home and had increased their personal line of credit to finance renovations; the three of them had refinanced the home, nearly halving the monthly mortgage payments; he had completed the bathroom and master bedroom; and a contractor had been hired to finish the kitchen. He sought to admit evidence of all of these developments in the appeal.

[23] Voith J.A., for the court, characterized this as “new” evidence because it had not existed at the time of trial. As such, it was not subject to the

d’une structure de garde partagée. Les enfants allaient également bénéficier indirectement du fait que leur mère allait vivre à Telkwa, où elle disposait d’un réseau de soutien plus solide.

[20] L’élément [TRADUCTION] « moins important » concernait la situation financière des parties : par. 31. La maison avait besoin d’un apport d’argent pour devenir habitable. Le père avait affirmé qu’il allait accélérer les rénovations, mais il n’avait pas fixé de budget pour les travaux en cours. Son projet de vivre dans la maison avec les garçons dépendait du remboursement du prêt hypothécaire et de la marge de crédit par ses parents, un arrangement qui n’avait pas encore été confirmé au moment du procès. Le juge a conclu que la capacité du père de demeurer dans la maison, ou même à Kelowna Ouest, était incertaine.

[21] Le juge de première instance a conclu que le déménagement était l’option qui favoriserait le mieux l’intérêt des enfants. Il a accordé la résidence principale à la mère et a fait droit à sa demande.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2021 BCCA 11, 45 B.C.L.R. (6th) 14 (les juges Newbury, DeWitt-Van Oosten et Voith)*

[22] L’appel a été instruit et, au moment où l’audience était sur le point de se terminer, l’avocate du père a informé la cour que la situation financière de son client venait soudainement de changer. Par la suite, le père a souscrit un affidavit dans lequel il a expliqué qu’il avait entrepris des démarches pour se porter acquéreur de la part de la mère dans la propriété et que ses parents avaient ensuite acheté la moitié de la maison en plus d’augmenter leur marge de crédit personnelle pour financer les rénovations. Ils avaient tous les trois refinancé la maison, réduisant de presque la moitié les paiements hypothécaires mensuels. Il avait terminé la rénovation de la salle de bain et de la chambre principale et un entrepreneur avait été engagé pour terminer celle de la cuisine. Il a cherché à faire admettre en preuve en appel tous les faits nouveaux en question.

[23] S’exprimant au nom de la cour, le juge Voith a qualifié de [TRADUCTION] « nouveaux » ces éléments de preuve, puisqu’ils n’existaient pas au moment du

Palmer test, and the due diligence criterion did not strictly govern its admission. Instead, “new evidence” could be admitted if it established “that a premise or underpinning or understanding of the trial judge that was significant or fundamental or pivotal has been undermined or altered”: para. 43.

[24] The court admitted the evidence, finding that it undermined a primary underpinning of the trial decision, namely, the judge’s findings on the parties’ finances. Specifically, the father had done almost exactly what he had said he would; and the “assumption[s]” that he might not be able to remain in the family home and might not “possibly even [be] able to remain in West Kelowna” had been displaced: para. 57. One of trial judge’s two main considerations no longer applied.

[25] And given this, the other consideration — the parties’ acrimonious relationship — could “no longer support the ultimate result arrived at by the trial judge”: para. 69. The mother’s need for emotional support could not justify relocation, even at the cost of “some friction between the parties”: paras. 74-75. And the trial judge should have considered whether the children could have stayed with their father in Kelowna. The court concluded that the children’s best interests were best served by staying in Kelowna with both parents and ordered accordingly.

IV. Issues

[26] This appeal raises two broad issues:

- (i) What test governs the admission of additional evidence on appeal, and did the Court of Appeal err in admitting the evidence in this case?
- (ii) Did the trial judge err in his relocation analysis, warranting appellate intervention?

procès. Ils n’étaient donc pas assujettis au test de l’arrêt *Palmer*, et le critère de la diligence raisonnable ne régissait pas strictement leur admission. De [TRADUCTION] « nouveaux éléments de preuve » pouvaient plutôt être admis s’ils établissaient « qu’une prémisse ou une assise ou une interprétation du juge de première instance qui était importante, fondamentale ou cruciale a été minée ou modifiée » : par. 43.

[24] La cour a admis les éléments de preuve au motif qu’ils remettaient en question un des fondements principaux de la décision rendue à l’issue du procès, en l’occurrence les conclusions tirées par le juge au sujet de la situation financière des parties. Plus précisément, le père avait fait presque exactement ce qu’il avait dit qu’il ferait; et les [TRADUCTION] « hypothèse[s] » selon lesquelles il pourrait ne pas être en mesure de demeurer dans la maison familiale « ou même à Kelowna Ouest » avaient été réfutées : par. 57. L’une des deux principales considérations retenues par le juge de première instance ne s’appliquait donc plus.

[25] De fait, l’autre considération — soit les relations acrimonieuses entre les parties — ne pouvait [TRADUCTION] « plus justifier le résultat final auquel était parvenu le juge de première instance » : par. 69. Le besoin de soutien émotionnel de la mère ne pouvait légitimer le déménagement, même au prix d’une [TRADUCTION] « certaine friction entre les parties » : par. 74-75. En outre, le juge de première instance aurait dû se demander si les enfants auraient pu rester avec leur père à Kelowna. La cour a conclu que l’intérêt des enfants serait mieux servi s’ils restaient à Kelowna avec les deux parents et elle a rendu une ordonnance en conséquence.

IV. Questions en litige

[26] Le présent pourvoi soulève deux grandes questions :

- (i) Quel test régit l’admission en appel d’éléments de preuve supplémentaires, et la Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en admettant les éléments de preuve en l’espèce?
- (ii) Le juge de première instance a-t-il commis, dans son analyse du déménagement, une erreur justifiant une intervention en appel?

[27] In brief, I answer as follows. Regardless of whether the evidence relates to facts that occurred before or after trial, the *Palmer* test governs the admission of additional evidence on appeal when it is adduced for the purpose of reviewing the decision below. The Court of Appeal erred by applying a different test and admitting the evidence on appeal. The evidence did not satisfy the *Palmer* test because it could have been available for trial with the exercise of due diligence. In any event, given the availability of a variation procedure designed to address any material change in circumstances, its admission was not in the interests of justice.

[28] Moreover, the trial judge did not err in his relocation analysis. His analysis of the best interests of the children is consonant with the mobility framework set out in *Gordon* as refined over the past two decades. His factual findings and the weight he ascribed to factors bearing on the children's best interests warranted deference on appeal. The Court of Appeal was wrong to intervene.

V. Analysis

A. *The Test for Admitting Additional Evidence on Appeal*

[29] Appellate courts have the discretion to admit additional evidence to supplement the record on appeal: *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, at p. 188; *United States of America v. Shulman*, 2001 SCC 21, [2001] 1 S.C.R. 616, at para. 43. Whether in criminal or non-criminal matters (*May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, at para. 107), courts have typically applied the four criteria set out by this Court in *Palmer* when parties seek to adduce evidence on appeal:

[27] En somme, je réponds à ces questions de la manière suivante. Peu importe que les éléments de preuve se rapportent à des faits qui sont survenus avant ou après le procès, le test de l'arrêt *Palmer* régit l'admission d'éléments de preuve supplémentaires en appel lorsqu'ils sont produits dans le but de faire réviser la décision de première instance. La Cour d'appel a commis une erreur en appliquant un test différent et en admettant les éléments de preuve en cause en appel. Ceux-ci ne satisfaisaient pas au test de l'arrêt *Palmer* parce que, si le père avait fait preuve de diligence raisonnable, ils auraient pu être disponibles au procès. En tout état de cause, considérant l'existence d'une procédure en modification conçue pour traiter tout changement de situation important, l'admission de ces éléments de preuve n'était pas dans l'intérêt de la justice.

[28] Qui plus est, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans son analyse du déménagement. En effet, son examen de l'intérêt des enfants est conforme au cadre applicable à un déménagement important qui a été établi par l'arrêt *Gordon* et précisé depuis plus d'une vingtaine d'années. Ses conclusions de fait et le poids qu'il a accordé aux facteurs ayant une incidence sur l'intérêt des enfants commandaient la déférence en appel. La Cour d'appel a eu tort d'intervenir.

V. Analyse

A. *Test pour juger de l'admissibilité en appel d'éléments de preuve supplémentaires*

[29] Les juridictions d'appel ont le pouvoir discrétionnaire d'admettre des éléments de preuve supplémentaires pour compléter le dossier d'appel : *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, p. 188; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616, par. 43. Que ce soit en matière criminelle ou non criminelle (*May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 107), les tribunaux appliquent généralement les quatre critères énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Palmer* lorsque les parties cherchent à présenter des éléments de preuve en appel :

- | | |
|---|--|
| <p>(i) the evidence could not, by the exercise of due diligence, have been obtained for the trial (provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases);</p> <p>(ii) the evidence is relevant in that it bears upon a decisive or potentially decisive issue;</p> <p>(iii) the evidence is credible in the sense that it is reasonably capable of belief; and</p> <p>(iv) the evidence is such that, if believed, it could have affected the result at trial.</p> | <p>(i) on ne doit généralement pas admettre une preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être obtenue pour le procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de matière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles;</p> <p>(ii) la preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès;</p> <p>(iii) la preuve doit être plausible, en ce sens qu'on peut raisonnablement y ajouter foi;</p> <p>(iv) 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.</p> |
|---|--|

[30] *Palmer* applies when evidence is adduced on appeal “for the purpose of asking the court to review the proceedings in the court below”: *Shulman*, at para. 44. *Palmer* does not, however, apply to evidence going to the validity of the trial process itself (*R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307, at paras. 76-77), nor to evidence adduced “as a basis for requesting an original remedy in the Court of Appeal”, such as a stay of proceedings for an abuse of process (*Shulman*, at paras. 44-46).

[30] Le test de l'arrêt *Palmer* s'applique lorsque des éléments de preuve sont présentés en appel dans le but de « demander [à la juridiction d'appel] de contrôler les procédures devant la juridiction inférieure » : *Shulman*, par. 44. Il ne s'applique cependant pas aux éléments de preuve qui concernent la validité même du procès (*R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307, par. 76-77), ou qui visent « à étayer une demande de réparation différente en appel », comme une requête en arrêt des procédures fondée sur un abus de procédure (*Shulman*, par. 44-46).

[31] The *Palmer* test is purposive, fact-specific, and driven by an overarching concern for the interests of justice. It ensures that the admission of additional evidence on appeal will be rare, such that the matters in issue between the parties should “narrow rather than expand as [a] case proceeds up the appellate ladder”: *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44, at para. 10.

[31] Le test de l'arrêt *Palmer* est téléologique, il est tributaire des faits et il est motivé par un souci primordial pour l'intérêt de la justice. Il garantit la rareté de l'admission en appel d'éléments de preuve supplémentaires, de sorte que les questions en litige entre les parties « devraient être davantage circonscrites au fur et à mesure que l'affaire progresse devant les tribunaux jusqu'au stade de l'appel » : *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 10.

[32] The test strikes a balance between two foundational principles: (i) finality and order in the justice system, and (ii) reaching a just result in the context of the proceedings. The first criterion seeks to preserve finality and order by excluding evidence that could have been considered by the court at first instance, had the party exercised due diligence. This protects

[32] Le test établit un équilibre entre deux principes fondamentaux : (i) le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires dans notre système de justice; et (ii) l'atteinte d'un résultat juste dans le contexte de l'instance. Le premier critère vise à préserver le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires en

certainty in the judicial process and fairness to the other party. The remaining criteria — that the evidence be relevant, credible and could have affected the outcome — are concerned with reaching a just result.

[33] While the interest in the finality of a trial decision and order in the justice system must sometimes give way to reach a just result, as I will explain, a proper application of *Palmer* reflects and safeguards both principles, as well as fairness to the parties.

[34] For the reasons that follow, I conclude that the *Palmer* test applies to all evidence tendered on appeal for the purpose of reviewing the decision below. In my view, the *Palmer* test ensures the proper balance and is sufficiently flexible to respond to any unique concerns that arise when considering whether to admit evidence regarding facts or events that occurred after the trial.

[35] My analysis proceeds as follows. First, I discuss the four *Palmer* criteria. Second, I address the unique challenges that arise when litigants seek to adduce “new” evidence. Third, I consider how *Palmer* applies in the family law context. Finally, I address the use of properly admitted evidence, before turning to the merits of the fresh evidence motion in this case.

(1) The *Palmer* Criteria

(a) *Due Diligence*

[36] Functionally, the first *Palmer* criterion — that the evidence could not, by the exercise of due diligence, have been obtained for the trial — focuses on the conduct of the party seeking to adduce the

excluant les éléments de preuve dont le tribunal de première instance aurait pu tenir compte si la partie en cause avait fait preuve de diligence raisonnable. On protège ainsi la certitude du processus judiciaire et on garantit l'équité envers la partie adverse. Les autres critères — selon lesquels la preuve doit être pertinente et plausible et aurait influé sur le résultat de l'instance — concernent l'atteinte d'un résultat juste.

[33] Bien que, comme j'expliquerai, l'objectif de protéger le caractère définitif de la décision rendue à l'issue d'un procès et d'assurer le déroulement ordonné des procédures dans notre système de justice doive parfois céder le pas devant celui de parvenir à un résultat juste, ces deux principes — de même que l'équité envers les parties — sont pris en compte et protégés lorsqu'on applique correctement le test de l'arrêt *Palmer*.

[34] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le test de l'arrêt *Palmer* s'applique à tous les éléments de preuve présentés en appel dans le but de faire réviser la décision de première instance. À mon avis, ce test garantit un juste équilibre et est suffisamment souple pour répondre aux préoccupations particulières qui se posent lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'opportunité d'admettre des éléments de preuve portant sur des faits survenus après le procès.

[35] Mon analyse se décline comme suit. Tout d'abord, je discuterai des quatre critères du test de l'arrêt *Palmer*. Ensuite, j'aborderai les défis uniques qui se posent lorsque les plaideurs cherchent à produire de « nouveaux » éléments de preuve. Puis, j'examinerai comment l'arrêt *Palmer* s'applique dans le contexte du droit de la famille. Enfin, je traiterai de l'utilisation d'éléments de preuve correctement admis en appel, avant de me pencher sur le bien-fondé de la requête en production d'une preuve nouvelle en l'espèce.

(1) Le test de l'arrêt *Palmer*

a) *La diligence raisonnable*

[36] Sur le plan fonctionnel, le premier critère de l'arrêt *Palmer* — selon lequel la preuve n'aurait pas pu être obtenue pour le procès, même si la partie qui cherche à la déposer avait fait preuve de diligence

evidence. It requires litigants to take all reasonable steps to present their best case at trial. This ensures finality and order in the judicial process: *R. v. St-Cloud*, 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328, at para. 130; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 19; *R. v. Angelillo*, 2006 SCC 55, [2006] 2 S.C.R. 728, at para. 15.

[37] The relationship between due diligence, and finality and order are deeply rooted in our common law. The law generally “requires litigants to put their best foot forward to establish the truth of their allegations when first called upon to do so”: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at para. 18. This animates, for example, the cause of action estoppel doctrine, which safeguards “the interest of an individual in being protected from repeated suits and prosecutions for the same cause” and “the finality and conclusiveness of judicial decisions”: K. R. Handley, *Spencer Bower and Handley: Res Judicata* (4th ed. 2009), at pp. 3-4. This doctrine achieves these ends through a due diligence component: it precludes a party from bringing an action against another party where the basis of the cause of action was argued or could have been argued in the prior action if the party in question had exercised reasonable diligence (*Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621, at pp. 634-38, citing *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100, 67 E.R. 313).

[38] The *Palmer* test’s due diligence criterion plays a similar role: it ensures that litigants put their best foot forward when first called upon to do so.

[39] The principle of finality and order has both individual and systemic dimensions in this setting. On an individual level, it speaks to the profound unfairness in providing “a party the opportunity to make up for deficiencies in [their] case at trial”: *Stav v. Stav*, 2012 BCCA 154, 31 B.C.L.R. (5th) 302, at

raisonnable — met l’accent sur la conduite de la partie qui cherche à produire la preuve. Il oblige les parties à prendre toutes les mesures raisonnables pour présenter leur meilleure preuve au procès. Cela garantit le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires : *R. c. St-Cloud*, 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328, par. 130; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 19; *R. c. Angelillo*, 2006 CSC 55, [2006] 2 R.C.S. 728, par. 15.

[37] Le lien entre la diligence raisonnable, d’une part, et le caractère définitif ainsi que le déroulement ordonné des procédures judiciaires, d’autre part, est profondément enraciné dans notre common law. En général, « le droit exige des parties qu’elles mettent tout en œuvre pour établir la véracité de leurs allégations dès la première occasion qui leur est donnée de le faire » : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 18. C’est ce qui, par exemple, sous-tend la doctrine de la préclusion fondée sur la cause d’action qui garantit [TRADUCTION] « le droit de l’individu d’être protégé d’une multiplicité de demandes et de poursuites pour la même cause » et assure « le caractère définitif et irrévocable des décisions judiciaires » : K. R. Handley, *Spencer Bower and Handley : Res Judicata* (4^e éd. 2009), p. 3-4. Pour atteindre ces objectifs, cette doctrine fait intervenir un élément de diligence raisonnable : elle empêche une partie d’intenter une action contre une autre lorsque le fondement de la cause d’action a été plaidé ou aurait pu être plaidé dans l’action antérieure, si la partie en question avait fait preuve de diligence raisonnable (*Grandview (Ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621, p. 634-638, citant l’arrêt *Henderson c. Henderson* (1843), 3 Hare 100, 67 E.R. 313).

[38] Le critère de la diligence raisonnable que comporte le test de l’arrêt *Palmer* joue un rôle semblable : il garantit que les parties mettent tout en œuvre pour présenter leur meilleure preuve dès la première occasion qui leur est donnée de le faire.

[39] Dans ce contexte, le principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires comporte à la fois un aspect individuel et un aspect systémique. Sur le plan individuel, il s’attaque à l’injustice fondamentale que constitue le fait de [TRADUCTION] « permettre à une partie de

para. 32. A party who has not acted with due diligence should not be afforded a “second kick at the can”: *S.F.D. v. M.T.*, 2019 NBCA 62, 49 C.C.P.B. (2nd) 177, at para. 24. And the opposing party is entitled to certainty and generally should not have to relitigate an issue decided at first instance, absent a reviewable error. Otherwise, the opposing party must endure additional delay and expense to answer a new case on appeal. Permitting a party in an appeal to fill the gaps in their trial evidence based on the failings identified by the trial judge is fundamentally unfair to the other litigant in an adversarial proceeding.

[40] On a systemic level, this principle preserves the distinction between the roles of trial and appellate courts. Evaluating evidence and making factual findings are the responsibilities of trial judges. Appellate courts, by contrast, are designed to review trial decisions for errors. The admission of additional evidence on appeal blurs this critical distinction by permitting litigants to effectively extend trial proceedings into the appellate arena.

[41] By requiring litigants to call all evidence necessary to present their best case at first instance, the due diligence criterion protects this distinction. This, in turn, sustains the proper functioning of our judicial architecture (*R. v. Sipos*, 2014 SCC 47, [2014] 2 S.C.R. 423, at para. 30), and ensures the efficient and effective use of judicial resources (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 16).

[42] The importance of the due diligence criterion may vary, however, depending on the proposed use of the evidence. Evidence sought to be adduced as a basis for intervention — to demonstrate the first instance decision was wrong — raises greater concerns

remédier aux lacunes de la cause qu’elle a présentée au procès » : *Stav c. Stav*, 2012 BCCA 154, 31 B.C.L.R. (5th) 302, par. 32. La partie qui n’a pas agi avec diligence raisonnable ne devrait pas se voir accorder une « seconde chance » : *S.F.D. c. M.T.*, 2019 NBCA 62, 49 C.C.P.B. (2nd) 177, par. 24. De plus, la partie adverse a le droit de savoir à quoi s’en tenir et ne devrait généralement pas avoir à plaider de nouveau une question qui a été tranchée en première instance, sauf en cas d’erreur justifiant l’intervention de la cour d’appel. Autrement, la partie adverse aurait à supporter des délais et des frais supplémentaires pour répondre à un nouveau dossier en appel. Permettre à une partie à un appel de combler les lacunes de la preuve qu’elle a présentée au procès en se servant des failles relevées par le juge de première instance serait fondamentalement injuste pour l’autre partie dans le cadre d’un débat contradictoire.

[40] Sur le plan systémique, ce principe préserve la distinction entre le rôle dévolu respectivement aux tribunaux de première instance et aux juridictions d’appel. Il incombe aux juges de première instance d’évaluer la preuve et de tirer des conclusions de fait. En revanche, les juridictions d’appel ont pour mission de vérifier si la décision rendue en première instance comporte des erreurs. L’admission d’éléments de preuve supplémentaires en appel brouille cette distinction essentielle en permettant dans les faits aux plaideurs d’étirer les procédures de première instance jusqu’au processus d’appel.

[41] En exigeant des parties qu’elles produisent tous les éléments de preuve nécessaires pour présenter leurs meilleurs arguments en première instance, le critère de la diligence raisonnable protège cette distinction. Cela assure à son tour le bon fonctionnement de notre architecture judiciaire (*R. c. Sipos*, 2014 CSC 47, [2014] 2 R.C.S. 423, par. 30), ainsi que l’utilisation efficace et efficiente des ressources judiciaires (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 16).

[42] L’importance accordée au critère de la diligence raisonnable peut toutefois varier dépendamment de l’usage que l’on compte faire des éléments de preuve en cause. Ainsi, la preuve qu’une partie cherche à produire pour justifier l’intervention de

for finality and order than evidence that may help determine an appropriate order *after* the court has found a material error. Since appellate intervention is justified on the basis of a reviewable error in the decision below, there is less concern for finality and order. Accordingly, in such cases, the due diligence criterion has less bearing on the interests of justice.

[43] In sum, the due diligence criterion safeguards the importance of finality and order for the parties and the integrity of the judicial system. The focus at this stage of *Palmer* is on the *conduct* of the party. This is why evidence that could, by the exercise of due diligence, have been available for trial should generally not be admitted on appeal.

(b) *The Criteria That the Evidence Be Relevant, Credible and Could Have Affected the Result*

[44] The last three *Palmer* criteria require courts to only admit evidence on appeal when it is relevant, credible, and could have affected the result at trial. Unlike the first criterion, which focuses on the *conduct* of the party, these three criteria focus on the *evidence* adduced. And unlike due diligence, the latter three criteria are “conditions precedent” — evidence that falls short of them cannot be admitted on appeal: *R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487, at para. 14.

[45] These criteria reflect the other principle that animates the *Palmer* test: the importance of reaching

la cour d’appel — en démontrant que la décision de première instance est erronée — risque davantage de compromettre le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires que la preuve qui peut s’avérer utile pour déterminer la réparation appropriée *après* que le tribunal a conclu qu’il y a eu commission d’une erreur importante. Comme les juridictions d’appel sont justifiées d’intervenir lorsqu’elles constatent que la décision de première instance est entachée d’une erreur susceptible de révision, il y a moins lieu de craindre que le principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires ne soit pas respecté. En pareil cas, le critère de la diligence raisonnable a donc moins d’incidence sur l’intérêt de la justice.

[43] En somme, le critère de la diligence raisonnable préserve l’importance que revêtent le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires pour les parties et pour l’intégrité du système de justice. À ce stade du test de l’arrêt *Palmer*, on met l’accent sur la *conduite* de la partie. C’est la raison pour laquelle des éléments de preuve qui auraient pu être disponibles au procès si la partie les présentant avait fait preuve de diligence raisonnable ne devraient généralement pas être admis en appel.

b) *Critères selon lesquels la preuve doit être pertinente, plausible et susceptible d’influer sur le résultat*

[44] Les trois derniers critères du test de l’arrêt *Palmer* obligent les tribunaux à n’admettre en appel que les éléments de preuve qui sont pertinents et plausibles et qui auraient pu influencer sur le résultat du procès. Contrairement au premier critère, qui est axé sur la *conduite* de la partie, ces trois critères portent sur la *preuve* présentée. Et contrairement au critère de la diligence raisonnable, ces trois derniers critères constituent des « conditions » préalables, de sorte que les éléments de preuve qui ne remplissent pas ces conditions d’admissibilité ne peuvent pas être admis en appel : *R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487, par. 14.

[45] Ces critères reflètent l’autre principe qui sous-tend le test de l’arrêt *Palmer*, en l’occurrence

a just result in the context of the proceedings (*Sipos*, at paras. 30-31; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at para. 56). This principle is directly linked to the correctness of the trial decision and the truth-seeking function of our trial process. Evidence that is unreliable, not credible, or not probative of the issues in dispute may hinder, rather than facilitate, the search for the truth. And as Cory J. observed in *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 S.C.R. 1197, at para. 13, “[t]he ultimate aim of any trial, criminal or civil, must be to seek and to ascertain the truth.”

[46] After a court has decided to admit evidence on appeal, it should remain mindful that the evidence has not been put to the test of cross-examination or rebuttal at trial, and the adverse party may not have had the ability to verify its accuracy: *Lévesque*, at para. 25. If the evidence is challenged or its probative value is in dispute, appellate courts may, among other things, provide the opposing party an opportunity to respond, allow cross-examination of a witness, permit the submission of expert evidence in response to additional expert evidence, or remit the matter to the court of first instance: *Lévesque*, at para. 25; see also *Child and Family Services of Winnipeg v. J.M.F.*, 2000 MBCA 145, 153 Man. R. (2d) 90, at para. 27; *Children’s Aid Society of Windsor-Essex (County) v. B. (Y.)* (2004), 5 R.F.L. (6th) 269 (Ont. C.A.), at paras. 12 and 19.

- (c) *Palmer Resolves the Tension Between the Need for Finality and Order, and the Interest in Reaching a Just Result*

[47] The *Palmer* test reconciles the tension between these two foundational principles — the need for finality and order, and the interest in reaching a just result — to determine the interests of justice in the circumstances of each case: *Sipos*, at para. 31. It is against this backdrop that I address whether the *Palmer* test applies to what has been called “new” evidence

l’importance de parvenir à un résultat juste dans le contexte de l’instance : *Sipos*, par. 30-31; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, par. 56. Ce principe est directement lié au bien-fondé de la décision rendue à l’issue du procès et à la fonction de recherche de la vérité de notre processus judiciaire. Les éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi, qui ne sont pas plausibles ou qui n’ont pas de valeur probante quant aux questions en litige risquent d’entraver, plutôt que de faciliter, la recherche de la vérité. Comme le juge Cory l’a fait remarquer dans l’arrêt *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197, par. 13, « [l]’objectif ultime d’un procès, criminel ou civil, doit être la recherche et la découverte de la vérité. »

[46] Après avoir décidé d’admettre les éléments de preuve en appel, le tribunal doit garder à l’esprit que ceux-ci n’ont pas été soumis à l’épreuve du contre-interrogatoire ou de la réfutation en première instance, et que la partie adverse n’a peut-être pas eu la possibilité d’en vérifier l’exactitude : *Lévesque*, par. 25. Lorsque les éléments de preuve supplémentaires sont contestés, ou que leur valeur probante est remise en cause, la juridiction d’appel peut, par exemple, donner à la partie adverse l’occasion de répondre, permettre le contre-interrogatoire d’un témoin ou la production d’une preuve d’expert en réponse à une nouvelle preuve d’expert, ou renvoyer l’affaire au tribunal de première instance : *Lévesque*, par. 25; voir aussi *Child and Family Services of Winnipeg c. J.M.F.*, 2000 MBCA 145, 153 Man. R. (2d) 90, par. 27; *Children’s Aid Society of Windsor-Essex (County) c. B. (Y.)* (2004), 5 R.F.L. (6th) 269 (C.A. Ont.), par. 12 et 19.

- c) *Le test de l’arrêt Palmer concilie la nécessité de protéger le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires et l’importance de parvenir à un résultat juste*

[47] Le test de l’arrêt *Palmer* permet de concilier ces deux principes fondamentaux — en l’occurrence la protection du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires, d’une part, et l’importance de parvenir à un résultat juste, d’autre part — dans le but de déterminer où réside l’intérêt de la justice eu égard aux circonstances de l’espèce :

(more accurately referred to as evidence of facts or events that occurred after trial).

(2) The Palmer Test Applies to Evidence of Facts that Arise After Trial

[48] The primary issue in this appeal is whether and how the *Palmer* test applies to “new” evidence. According to the Court of Appeal, evidence is “new” if it pertains to facts that occurred after trial; “fresh” evidence pertains to facts that occurred before trial, but which, for one reason or another, could not be put before the court.

[49] Appellate courts across the country have differed in their approaches to “new” evidence. Some have applied the *Palmer* criteria (*J.W.S. v. C.J.S.*, 2019 ABCA 153, at para. 37 (CanLII); *Sheikh (Re)*, 2019 ONCA 692, at para. 7 (CanLII); *Riel v. Riel*, 2017 SKCA 74, 99 R.F.L. (7th) 367, at para. 16; *Hellberg v. Netherclift*, 2017 BCCA 363, 2 B.C.L.R. (6th) 126, at paras. 53-54), while others have applied a different or modified test (*North Vancouver (District) v. Lunde* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 201 (C.A.), at paras. 25-26; *Jens v. Jens*, 2008 BCCA 392, 300 D.L.R. (4th) 136, at paras. 24-29; *Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5, at paras. 159-61 and 166 (CanLII); *Miller v. White*, 2018 PECA 11, 10 R.F.L. (8th) 251, at para. 19; *Beauchamp v. Beauchamp*, 2021 SKCA 148, at para. 36 (CanLII)).

[50] This dissonance in the jurisprudence reflects two apparent paradoxes that arise in applying the first and fourth *Palmer* criteria to “new” evidence. Courts have queried whether new evidence could ever fail the due diligence criterion, since it relates to facts not yet in existence at the time of trial: see *Cory v. Marsh* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 248 (C.A.), at paras. 21 and 28-29; *J.M.F.*, at para. 21. Others have asked how such evidence could possibly have affected a trial outcome that it postdated: *North Vancouver (District)*, at para. 25; *Radcliff v. Radcliff*

Sipos, par. 31. C’est sur cette toile de fond que j’aborde la question de savoir si le test de l’arrêt *Palmer* s’applique à ce qu’on appelle les « nouveaux » éléments de preuve (ou, plus exactement, les éléments de preuve portant sur des faits survenus après le procès).

(2) Le test de l’arrêt Palmer s’applique aux éléments de preuve portant sur des faits survenus après le procès

[48] La principale question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si le test de l’arrêt *Palmer* s’applique aux « nouveaux » éléments de preuve. Suivant la Cour d’appel, on qualifie de « nouveaux » éléments de preuve ceux qui portent sur des faits survenus après le procès et de preuve « nouvelle » celle qui porte sur des faits survenus avant le procès, mais qui, pour une raison ou pour une autre, n’a pas pu être soumise au tribunal.

[49] Partout au Canada, les juridictions d’appel ont adopté diverses approches pour aborder la question des « nouveaux » éléments de preuve. Certaines ont appliqué le test de l’arrêt *Palmer* (*J.W.S. c. C.J.S.*, 2019 ABCA 153, par. 37 (CanLII); *Sheikh (Re)*, 2019 ONCA 692, par. 7 (CanLII); *Riel c. Riel*, 2017 SKCA 74, 99 R.F.L. (7th) 367, par. 16; *Hellberg c. Netherclift*, 2017 BCCA 363, 2 B.C.L.R. (6th) 126, par. 53-54), tandis que d’autres ont appliqué un test différent ou modifié (*North Vancouver (District) c. Lunde* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 201 (C.A.), par. 25-26; *Jens c. Jens*, 2008 BCCA 392, 300 D.L.R. (4th) 136, par. 24-29; *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5, par. 159-161 et 166 (CanLII); *Miller c. White*, 2018 PECA 11, 10 R.F.L. (8th) 251, par. 19; *Beauchamp c. Beauchamp*, 2021 SKCA 148, par. 36 (CanLII)).

[50] Cette dissonance dans la jurisprudence reflète deux paradoxes apparents qui surgissent lorsqu’on applique les premier et quatrième critères du test de l’arrêt *Palmer* à de « nouveaux » éléments de preuve. Les tribunaux se sont demandé s’il existait des situations dans lesquelles les nouveaux éléments de preuve pourraient ne pas satisfaire au critère de la diligence raisonnable, puisqu’ils se rapportent à des faits qui n’étaient pas encore survenus au moment du procès : voir *Cory v. Marsh* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 248 (C.A.), par. 21 et 28-29; *J.M.F.*, par. 21. D’autres

(2000), 7 R.F.L. (5th) 425 (Ont. C.A.), at para. 10; *Sengmueller v. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208 (C.A.), at p. 211.

[51] In the face of conflicting British Columbia case law, the Court of Appeal concluded that the *Palmer* test only applies to fresh evidence, and the due diligence criterion did not strictly govern the admission of new evidence. It outlined the following test:

... depending on the circumstances, new evidence may be admitted if it establishes that a premise or underpinning or understanding of the trial judge that was significant or fundamental or pivotal has been undermined or altered. [para. 43]

[52] The mother takes issue with the Court of Appeal’s approach: she submits that the *Palmer* criteria apply to both fresh and new evidence. The father argues that the test applied below was appropriate because the new evidence “falsified” the trial decision.

[53] I conclude that the Court of Appeal erred by applying a different test to “new” evidence.

[54] Applying a different test for admitting new evidence — which dispensed with the due diligence criterion — failed to safeguard the delicate balance between finality and order, and the interest in a just result. It is also inconsistent with this Court’s *Palmer* jurisprudence. Indeed, this Court has consistently applied *Palmer* to evidence pertaining to events that occurred between the trial and appeal: see, for example, *Catholic Children’s Aid Society*, at p. 188; *R. v. Owen*, 2003 SCC 33, [2003] 1 S.C.R. 779, at paras. 50-51; *Sipos*, at paras. 29-30. The evidence in *Palmer* concerned facts that occurred both before and after trial and thus included both “fresh” and “new” evidence. The additional evidence included sworn declarations made by one of the key trial witnesses

se sont demandé comment de tels éléments de preuve pourraient avoir influé sur l’issue du procès puisqu’ils lui sont postérieurs : *North Vancouver (District)*, par. 25; *Radcliff c. Radcliff* (2000), 7 R.F.L. (5th) 425 (C.A. Ont.), par. 10; *Sengmueller c. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208 (C.A.), p. 211.

[51] Devant la jurisprudence contradictoire de la Colombie-Britannique, la Cour d’appel a conclu que le test de l’arrêt *Palmer* ne s’appliquait qu’à la preuve nouvelle et que le critère de la diligence raisonnable ne régissait pas strictement l’admission de nouveaux éléments de preuve. Elle a énoncé le test suivant :

[TRADUCTION] ... selon les circonstances, il est possible d’admettre de nouveaux éléments de preuve s’ils établissent qu’une prémisse ou une assise ou une interprétation du juge de première instance qui était importante, fondamentale ou cruciale a été minée ou modifiée. [par. 43]

[52] La mère s’oppose à l’approche de la Cour d’appel : elle soutient que le test de l’arrêt *Palmer* s’applique tant à la preuve nouvelle qu’aux nouveaux éléments de preuve. Le père affirme pour sa part que le test qui a été appliqué en première instance était approprié parce que les nouveaux éléments de preuve [TRADUCTION] « dénaturaient » la décision rendue à l’issue du procès.

[53] Je conclus que la Cour d’appel a commis une erreur en appliquant un test différent aux « nouveaux » éléments de preuve.

[54] En appliquant un test différent pour l’admission de nouveaux éléments de preuve — qui dispense de l’obligation d’appliquer le critère de la diligence raisonnable —, la Cour d’appel n’a pas préservé le fragile équilibre entre le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires, d’une part, et l’importance d’obtenir un résultat juste, d’autre part. Elle a également rendu une décision incompatible avec la jurisprudence élaborée par notre Cour dans la foulée de l’arrêt *Palmer*. En effet, notre Cour a constamment appliqué le test établi par cet arrêt aux éléments de preuve portant sur des faits survenus entre le procès et l’appel : voir, par exemple, les arrêts *Catholic Children’s Aid Society*, p. 188; *R. c. Owen*, 2003 CSC 33, [2003] 1 R.C.S. 779, par. 50-51; *Sipos*,

who recanted his testimony after trial, declaring that the RCMP promised him money before trial and made the payment after trial.

[55] The *Palmer* test is sufficiently flexible to deal with both types of evidence. As I will explain, the core inquiries under all four criteria remain the same regardless of when the evidence, or the specific fact, came into existence. Because the same test applies, it is unnecessary to distinguish between “fresh” and “new” evidence. *Palmer* applies to the admission of all additional evidence tendered on appeal for the purpose of reviewing the decision below.

(a) *The Due Diligence Criterion*

[56] A common thread running through the parties’ submissions and the Court of Appeal’s decision is that conceptual difficulties arise when applying the due diligence criterion to evidence about facts arising after trial. The mother accepts that due diligence should be eased in instances where it was impossible to adduce the evidence at trial. For the father, it is “by definition . . . not an appropriate consideration” in such cases: R.F., at para. 75. Similarly, the Court of Appeal decided that the due diligence criterion does not strictly govern the admission of new evidence.

[57] But under such a formalistic approach, the timing of events — and not the litigant’s conduct — would dictate the application of the due diligence criterion. For events occurring subsequently, the criterion would effectively be eliminated. This would run counter to our jurisprudence, ignore the litigant’s conduct and would fail to safeguard finality and order within the *Palmer* test. That is precisely what happened in this case. Focusing exclusively on whether the decision

par. 29-30. La preuve dans l’affaire *Palmer* portait sur des faits survenus à la fois avant et après le procès et comprenait donc à la fois de « nouveaux » éléments de preuve et de la preuve « nouvelle ». Les éléments de preuve supplémentaires consistaient notamment en déclarations faites sous serment par un des témoins clés au procès qui a rétracté son témoignage après celui-ci, déclarant que la GRC lui avait promis de l’argent avant le procès et avait payé la somme après celui-ci.

[55] Le test de l’arrêt *Palmer* est suffisamment souple pour tenir compte des deux types de preuve. Comme je vais l’expliquer, les questions fondamentales que posent les quatre critères demeurent les mêmes, peu importe le moment où les éléments de preuve, ou les faits visés, sont apparus. Puisque le même test s’applique, il n’est pas nécessaire de faire la distinction entre la preuve « nouvelle » et les « nouveaux » éléments de preuve. Le test de l’arrêt *Palmer* s’applique à l’admission de toute preuve supplémentaire présentée en appel dans le but de faire réviser la décision de première instance.

a) *Le critère de la diligence raisonnable*

[56] Un élément commun se dégage des observations des parties et de la décision de la Cour d’appel : des difficultés conceptuelles surgissent lorsqu’on applique le critère de la diligence raisonnable à des éléments de preuve portant sur des faits survenus après le procès. La mère accepte que ce critère doive être appliqué avec moins de rigueur lorsqu’il était impossible de présenter les éléments de preuve en question au procès. Pour le père, ce n’est pas, [TRADUCTION] « par définition, une considération appropriée » en pareil cas : m.i., par. 75. De même, la Cour d’appel a estimé que le critère de la diligence raisonnable ne régissait pas strictement l’admission de nouveaux éléments de preuve.

[57] Or, selon une approche aussi formaliste, le moment où sont survenus les faits — et non la conduite de la partie — dicterait l’application du critère de la diligence raisonnable. Pour des événements se produisant subséquemment au procès, ce critère serait, tout compte fait, éliminé. Cela irait à l’encontre de notre jurisprudence, ne tiendrait pas compte de la conduite de la partie et ne protégerait pas le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures

would be different gives undue weight to the interest in reaching a just result — and distorts the delicate balance that the *Palmer* test seeks to maintain.

[58] The due diligence criterion is sufficiently flexible to adapt to any unique concerns raised by evidence of facts that occurred subsequent to trial. As this Court held in *Bent v. Platnick*, 2020 SCC 23, [2020] 2 S.C.R. 645, at para. 60, the due diligence criterion is not a rigid one and has been held to be a practical concept that is context-sensitive.

[59] Ultimately, this criterion seeks to determine whether the party could — with due diligence — have acted in a way that would have rendered the evidence available for trial. The due diligence inquiry should focus on the *conduct* of the party seeking to adduce such evidence rather than on the evidence itself. And in doing so, a court should determine, quite simply, why the evidence was not available at the trial: *G.D.B.*, at para. 20.

[60] The reason why “new” evidence was unavailable for trial may have its roots in the parties’ pre-trial conduct. For facts arising after trial, courts should consider whether the party’s conduct could have influenced the timing of the fact they seek to prove. Consider this case. If finances are at issue and a party does not take steps to obtain a financing commitment until after trial, the court may ask why the evidence could not have been obtained for trial. Parties cannot benefit from their own inaction when the existence of those facts was partially or entirely within their control. Again, litigants must put their best foot forward at trial. In the end, what matters is that this criterion properly safeguards finality and order in our judicial process.

judiciaires dans l’application du test de l’arrêt *Palmer*. C’est précisément ce qui s’est produit en l’espèce. En se concentrant exclusivement sur la question de savoir si la décision serait différente, on accorde une importance exagérée à l’intérêt qu’il y a à parvenir à un résultat juste et on fausse l’équilibre délicat que le test de l’arrêt *Palmer* cherche à établir.

[58] Le critère de la diligence raisonnable est suffisamment souple pour s’adapter aux préoccupations particulières que soulèvent les éléments de preuve portant sur des faits survenus après le procès. Comme notre Cour l’a jugé dans l’arrêt *Bent c. Platnick*, 2020 CSC 23, [2020] 2 R.C.S. 645, par. 60, le critère de la diligence raisonnable n’est pas un facteur rigide; c’est un concept pratique dont l’application est tributaire du contexte.

[59] En fin de compte, ce critère vise à déterminer si la partie aurait pu, en faisant preuve de diligence raisonnable, faire en sorte que la preuve puisse être disponible au procès. L’examen de la diligence raisonnable devrait être axé sur la *conduite* de la partie qui cherche à présenter la preuve en question et non sur la preuve elle-même. Et, pour ce faire, le tribunal doit simplement se demander pourquoi cette preuve n’a pas été produite au procès : *G.D.B.*, par. 20.

[60] La raison pour laquelle les « nouveaux » éléments de preuve n’ont pas été produits au procès peut avoir trait à la conduite des parties avant le procès. Dans le cas des faits survenus après le procès, le tribunal doit se demander si la conduite de la partie aurait pu influencer le moment où s’est produit le fait qu’elle cherche à prouver. Prenons un exemple. S’il s’agit d’une question de financement et que la partie en question n’a pas entrepris les démarches nécessaires pour obtenir un engagement de financement avant le procès, le tribunal peut se demander pourquoi cet élément de preuve n’a pas pu être obtenu pour le procès. Une partie ne peut tirer profit de sa propre inaction lorsque l’existence de faits dépend en tout ou en partie d’elle. Encore une fois, une partie doit présenter ses meilleurs arguments et sa meilleure preuve au procès. En fin de compte, ce qui importe, c’est que ce critère protège adéquatement le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires dans notre système de justice.

[61] In sum, the focus of the due diligence criterion is on the litigant's conduct in the particular context of the case. Considering whether the evidence could have been *available* for trial with the exercise of due diligence is tantamount to the requirement that the evidence could not, with the exercise of due diligence, have been *obtained* for trial. Where a party seeks to adduce additional evidence on appeal, yet failed to act with due diligence, the *Palmer* test will generally foreclose admission.

(b) *The Other Palmer Criteria*

[62] There is no suggestion by the parties that the remaining *Palmer* criteria should operate differently depending on when the fact the evidence seeks to prove occurred. Needless to say, the evidence must be relevant and credible regardless of when it arose. The interest in reaching a just result requires nothing less.

[63] As for the fourth factor — whether the evidence, if believed, could have affected the result at trial — the logic remains the same: a court must approach this criterion purposively. While it is tempting to conclude that evidence of facts arising *after* trial could never have affected the result *at* trial, the inquiry is not so narrow. The question is not the evidence's timing but whether the evidence is sufficiently probative of the trial issues, had it been available. An overly formalistic approach at this stage ignores the underlying rationale of the *Palmer* criteria — here, the interest in reaching a just result in the context of the proceedings.

[64] As noted in *Palmer*, at p. 776, the fourth criterion will be satisfied if the evidence, assuming it was presented to the trier of fact and believed, possesses such strength or probative force that it might, taken with the other evidence adduced, have affected the result.

[61] En somme, le critère de la diligence raisonnable est axé sur la conduite du plaideur dans le contexte particulier de l'affaire. Se demander si la preuve aurait pu être *disponible* au procès si la partie qui cherche à la produire en appel avait fait preuve de diligence raisonnable équivaut à l'obliger à démontrer que, même en faisant preuve de diligence raisonnable, il était impossible d'*obtenir* cette preuve pour le procès. Lorsqu'une partie cherche à présenter des éléments de preuve supplémentaires en appel, mais qu'elle n'a pas fait preuve de diligence raisonnable, le test de l'arrêt *Palmer* empêche généralement leur admission.

b) *Les autres critères de l'arrêt Palmer*

[62] Les parties ne prétendent pas que les autres critères de l'arrêt *Palmer* devraient s'appliquer différemment selon le moment où s'est produit le fait que la preuve cherche à établir. Il va sans dire que la preuve doit être pertinente et plausible, quel que soit le moment où les faits visés sont survenus. L'intérêt de parvenir à un résultat juste n'exige rien de moins.

[63] Quant au quatrième critère — celui de savoir si la preuve, advenant que l'on y ajoute foi, aurait influé sur le résultat du procès —, la logique demeure la même : le tribunal doit l'aborder de façon téléologique. Bien qu'il soit tentant de conclure que les éléments de preuve portant sur des faits survenus *après* le procès n'auraient jamais pu influencer sur le résultat *du procès*, l'analyse n'est pas aussi étroite. Elle ne porte pas sur le moment où la preuve est présentée, mais sur la question de savoir si la preuve aurait eu une valeur probante suffisante quant aux questions en litige si elle avait été disponible au procès. Une approche trop formaliste à ce stade ferait l'impasse sur la raison d'être des critères établis par l'arrêt *Palmer* — en l'occurrence, l'intérêt de parvenir à un résultat juste dans le contexte de l'instance.

[64] Comme la Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Palmer*, p. 776, il est satisfait au quatrième critère si la preuve, en supposant qu'elle ait été présentée au juge des faits et que celui-ci y ait ajouté foi, avait un poids et une force probante suffisants pour pouvoir raisonnablement, compte tenu des autres éléments de preuve produits, influencer sur le résultat.

(3) The Palmer Test in Family Law Cases Involving the Best Interests of the Child

[65] I turn now to an underlying question raised by this appeal: the flexible application of *Palmer* in cases involving the best interests of the child.

[66] This Court has explained that these cases may require a more flexible application of the fourth *Palmer* criterion: *Catholic Children’s Aid Society*, at p. 188. The Court recognized that the best interests analysis — which takes into account a broad range of considerations, including the needs, means, condition and other circumstances unique to the child before the court — widens the scope of evidence that could affect the result. This criterion, however, remains a condition precedent for the admission of evidence in family appeals. But the flexible approach to the fourth criterion is not the only aspect of *Palmer* that warrants further discussion in the family law context. Two other aspects include (i) the exceptional circumstances where a failure to meet due diligence is not fatal; and (ii) the existence of variation schemes that address factual developments that postdate trial. I address each in turn.

(a) *A Failure to Meet Due Diligence Is Not Fatal in Exceptional Circumstances*

[67] First, given both the premium placed on certainty in cases involving children and the importance of having accurate and up-to-date information when a child’s future hangs in the balance (*Catholic Children’s Aid Society*, at p. 188), evidence that does not meet the due diligence criterion may nonetheless be admitted in exceptional circumstances. Let me explain. Finality and order — in both their individual and systemic dimensions — are *particularly* important in cases involving the best interests of the child: *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, at para. 13. Children should be afforded the comfort of knowing, with some degree of certainty, where

(3) Le test de l’arrêt Palmer dans les affaires en droit de la famille mettant en cause l’intérêt de l’enfant

[65] Je passe maintenant à une question sous-jacente qui a été soulevée dans le présent pourvoi, en l’occurrence l’application souple du test de l’arrêt *Palmer* dans les affaires mettant en cause l’intérêt de l’enfant.

[66] Notre Cour a expliqué que ces cas peuvent nécessiter une application plus souple du quatrième critère de l’arrêt *Palmer* : *Catholic Children’s Aid Society*, p. 188. Elle a reconnu que l’analyse de l’intérêt de l’enfant — qui tient compte de multiples considérations, y compris des besoins, des ressources ainsi que d’autres circonstances propres à l’enfant devant le tribunal — élargit l’éventail des éléments de preuve qui pourraient influencer sur le résultat. Ce critère reste toutefois une condition préalable à l’admission d’éléments de preuve supplémentaires dans les appels en matière familiale. L’application souple du quatrième critère n’est cependant pas le seul aspect de l’arrêt *Palmer* qui mérite une discussion plus approfondie dans le contexte du droit de la famille. Il faut également tenir compte de deux autres aspects, à savoir (i) les circonstances exceptionnelles dans lesquelles le manque de diligence raisonnable n’est pas fatal; et (ii) l’existence de mécanismes de modification qui traitent des faits nouveaux survenus depuis le procès. Je vais aborder ces aspects à tour de rôle.

a) *Le manque de diligence raisonnable n’est pas fatal dans des circonstances exceptionnelles*

[67] Tout d’abord, compte tenu à la fois de la priorité accordée à la certitude dans les affaires concernant les enfants et de l’importance de disposer de renseignements exacts et à jour lorsque l’avenir d’un enfant est en jeu (*Catholic Children’s Aid Society*, p. 188), il est possible, dans certaines circonstances exceptionnelles, d’admettre des éléments de preuve, même s’ils ne satisfont pas au critère de la diligence raisonnable. Je m’explique. Le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires — tant dans leur aspect individuel que dans leur aspect systémique — sont *particulièrement* importants dans les affaires mettant en jeu l’intérêt d’un enfant : *Van*

they will live and with whom. And unfortunately, an appeal only prolongs the cloud of uncertainty and the hardship and stress a child must endure.

[68] Protracted litigation also places additional strain on the parties' resources. In the context of a spousal separation, families who resort to the adversarial process are often in crisis, with two households now in need of support. As this Court recognized in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, family litigants, particularly women, are often already shouldering the economic consequences of a marital breakdown. Some will be unable to afford the financial and emotional cost of court proceedings at first instance, let alone the strain of relitigating the facts on appeal. Needlessly prolonging this adversarial process does little to assist parties who must find a way to restructure their relationships and cooperate for the sake of their children.

[69] Certainty in a trial outcome can ensure an end to a period of immense turmoil, strife, and costs; parties should do what they can to promote it. Evidence that does not satisfy the due diligence criterion should therefore generally not be admitted, even on an appeal of a best-interests-of-the-child determination.

[70] That said, an absence of due diligence may in rare instances be superseded by the interests of justice: see *Children's Aid Society of Halton (Region) v. A. (K.L.)* (2006), 32 R.F.L. (6th) 7 (Ont. C.A.), at para. 56. There may be exceptional cases involving a child's best interests where the need for finality and order may need to yield in the interests of justice. The intervener the Office of the Children's Lawyer provides one such example: in urgent matters requiring an immediate decision — a pressing medical or other issue bearing on the child's best interests — it

de Perre c. Edwards, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, par. 13. En effet, les enfants devraient être rassurés de savoir, avec un certain degré de certitude, où ils vont vivre et avec qui. Malheureusement, lorsqu'un appel est interjeté, l'incertitude subsiste et les difficultés ainsi que le stress que l'enfant doit endurer perdurent.

[68] Les litiges qui s'éternisent créent également des contraintes financières additionnelles pour les parties. En raison de la séparation des conjoints, les familles qui ont recours à une procédure contradictoire sont souvent en crise et aux prises avec deux ménages qui ont besoin d'aide. Comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, les parties à un litige familial, en particulier les femmes, sont souvent déjà confrontées aux conséquences économiques de la rupture du mariage. Certaines d'entre elles n'ont pas les moyens d'assumer le coût financier et émotionnel d'une procédure judiciaire en première instance, sans parler des contraintes découlant d'un nouveau débat sur les faits en appel. Prolonger inutilement cette procédure contradictoire n'aide en rien les parties, qui doivent trouver un moyen de restructurer leurs relations et de coopérer pour le bien de leurs enfants.

[69] La certitude quant à la décision rendue à l'issue d'un procès peut mettre un terme à une période d'agitation, de conflits et de coûts immenses, et les parties devraient faire tout ce qui est en leur pouvoir pour la favoriser. Les éléments de preuve qui ne satisfont pas au critère de la diligence raisonnable ne devraient donc généralement pas être admis, même dans le cas de l'appel d'une décision portant sur l'intérêt de l'enfant.

[70] Cela dit, dans de rares cas, il sera possible d'outrepasser le défaut de diligence raisonnable dans l'intérêt de la justice : voir *Children's Aid Society of Halton (Region) c. A. (K.L.)* (2006), 32 R.F.L. (6th) 7 (C.A. Ont.), par. 56. Il peut y avoir des cas exceptionnels mettant en cause l'intérêt de l'enfant où l'importance de préserver le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires doit céder le pas devant l'intérêt de la justice. Le Bureau de l'avocat des enfants, intervenant dans la présente affaire, en donne un exemple : dans les affaires

may not serve the interests of justice to require a party to show due diligence and further prolong or delay proceedings.

[71] In other cases, admitting the additional evidence may not offend the principle of finality at all, despite the failure to meet the due diligence criterion. For instance, where the appellate court has already identified a material error in the trial judgment below, evidence that may help determine an appropriate order — whether to show the need for a new trial, support a substitute order, or otherwise — may exceptionally warrant admission: *Children’s Aid Society of Halton (Region)*, at paras. 27 and 52-56; *Children’s Aid Society of Toronto v. P. (D.)* (2005), 19 R.F.L. (6th) 267 (Ont. C.A.), at paras. 8-9. This may promote timely justice, consistent with a child’s need to have their future determined with due dispatch: C. Leach, E. McCarty and M. Cheung, “Further Evidence in Child Protection Appeals in Ontario” (2012), 31 *C.F.L.Q.* 177.

[72] To be clear, such exceptional circumstances do not dispense with the other *Palmer* criteria — the evidence still must be relevant, credible, and have some material bearing on the outcome. Similarly, the best interests of the child cannot be routinely leveraged to ignore the due diligence criterion and admit additional evidence on appeal. An appeal is not the continuation of a trial. Rather, the party must satisfy the judge that the interest of finality and order is clearly outweighed by the need to reach a just result in the context of the proceedings. In such circumstances, the interests of justice may demand additional evidence to be admitted on appeal.

urgentes exigeant une décision immédiate — une question urgente d’ordre médical ou autre touchant l’intérêt de l’enfant —, il peut ne pas être dans l’intérêt de la justice d’exiger d’une partie qu’elle fasse la preuve de sa diligence raisonnable et de prolonger ou de retarder davantage les procédures.

[71] Dans d’autres cas, il se peut que l’admission d’éléments de preuve supplémentaires ne porte aucunement atteinte au principe du caractère définitif des décisions judiciaires, même si le critère de la diligence raisonnable n’a pas été respecté. Par exemple, lorsque la juridiction d’appel a déjà relevé une erreur importante dans le jugement de première instance, les éléments de preuve qui peuvent l’aider à déterminer l’ordonnance qui s’impose — que ce soit pour démontrer la nécessité d’un nouveau procès, pour justifier le prononcé d’une ordonnance particulière ou pour étayer toute autre décision — pourraient exceptionnellement être admis : *Children’s Aid Society of Halton (Region)*, par. 27 et 52-56; *Children’s Aid Society of Toronto c. P. (D.)* (2005), 19 R.F.L. (6th) 267 (C.A. Ont.), par. 8-9. Cela est susceptible de favoriser une justice plus rapide, conformément à l’impératif de veiller à ce que les enfants soient fixés sur leur sort dans les meilleurs délais : C. Leach, E. McCarty et M. Cheung, « Further Evidence in Child Protection Appeals in Ontario » (2012), 31 *C.F.L.Q.* 177.

[72] Je veux être bien claire : l’existence de ces circonstances exceptionnelles ne dispense pas de l’application des autres critères de l’arrêt *Palmer*; la preuve doit toujours être pertinente, plausible et pouvoir influencer sur le résultat. De même, l’intérêt de l’enfant ne peut pas être systématiquement invoqué pour faire l’impasse sur le critère de la diligence raisonnable et faire admettre des éléments de preuve supplémentaires en appel. Un appel n’est pas la continuation d’un procès. La partie doit plutôt convaincre le juge que l’intérêt de parvenir à un résultat juste dans le contexte de l’instance l’emporte largement sur le principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires. En pareil cas, l’intérêt de la justice peut commander que l’on admette en appel des éléments de preuve supplémentaires.

(b) *The Existence of Variation Schemes That Address Factual Developments That Postdate Trial in Parenting Cases*

[73] Turning to the second feature that arises in the family law context, the admission of post-trial evidence on appeal may be unnecessary because, unlike decisions that award damages in one final order, litigation about ongoing parenting arrangements remains subject to court oversight. Specifically, variation schemes permit a judge of first instance to vary a parenting order where a change of circumstances justifies a review of a child’s best interests. As I will explain, the admission of post-trial evidence on appeal unnecessarily undercuts both finality and order in family law judgments, as well as Parliament’s statutory design.

[74] Because variation procedures are available in parenting cases to address changes arising post-trial, the interest in reaching a just result can be fostered through other means. The admission of post-trial evidence on appeal therefore unnecessarily undermines finality and order in family law decisions.

[75] Moreover, courts must be wary of permitting parties to use the *Palmer* framework to circumvent legislative schemes that provide specific procedures for review. An appeal cannot serve as an indirect route of varying the original parenting order. A variation application and an appeal are distinct proceedings based on fundamentally different premises.

[76] In a variation proceeding, “[t]he court cannot retry the case, substituting its discretion for that of the original judge; it must assume the correctness of the

b) *L’existence de mécanismes de modification qui traitent des faits nouveaux survenus depuis le procès dans les causes relatives aux droits parentaux*

[73] En ce qui concerne la deuxième particularité qui se présente dans le contexte du droit de la famille, l’admission en appel d’éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès peut s’avérer inutile parce que, contrairement aux décisions finales ordonnant le paiement de dommages-intérêts, les litiges concernant les arrangements de garde en cours restent soumis au pouvoir de surveillance du tribunal. Plus précisément, les mécanismes de modification permettent au juge de première instance de modifier une ordonnance parentale lorsque l’évolution de la situation justifie le réexamen de l’intérêt de l’enfant. Comme je l’expliquerai, l’admission en appel d’éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès porte inutilement atteinte au principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires en droit de la famille, en plus de ne pas respecter le processus établi par le Parlement.

[74] Comme il existe des procédures en modification pour les affaires relatives aux droits parentaux afin de tenir compte des changements survenus depuis le procès, la recherche d’un résultat juste peut être favorisée par d’autres moyens. L’admission en appel d’éléments de preuve portant sur des faits survenus depuis le procès porte donc inutilement atteinte au principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires en ce qui a trait aux décisions en droit de la famille.

[75] De plus, les tribunaux doivent se garder de permettre aux parties d’utiliser le cadre d’analyse de l’arrêt *Palmer* pour contourner les mécanismes législatifs qui prévoient des procédures de révision précises. On ne peut se servir d’un appel comme moyen indirect pour faire modifier une ordonnance parentale initiale. La demande en modification et l’appel sont des procédures distinctes qui reposent sur des postulats fondamentalement différents.

[76] Lorsqu’il est saisi d’une demande en modification, « [l]e tribunal ne peut entendre l’affaire de nouveau et substituer son propre pouvoir discrétionnaire

decision”: *Gordon*, at para. 11. The applicant bears the burden of proving that a child’s best interests differ from those determined in the original decision because the circumstances on which that decision was based have materially changed since trial. Once an applicant discharges this burden, the assessment is prospective: a variation judge must enter into a fresh inquiry to determine where the best interests of the child lie, considering the findings of fact of the judge who made the previous order, together with the evidence of new circumstances (*Gordon*, at para. 17). Finality in this context respects the trial judge’s original determination of the child’s best interests: *Gordon*, at para. 17; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 688, per Sopinka J.

[77] An appeal, in contrast, is designed to determine whether there is an error in the trial decision. In other words, the correctness of the previous decision — and not the implications of subsequent events — is the focal point in an appeal. This assessment is inherently retrospective, with the review typically circumscribed within the four corners of the judgment below. Here, finality in the original decision is preserved unless the court identifies a material error.

[78] It is essential that variation procedures and appeals remain distinct in the family law context: holding otherwise would unfairly require the opposing party to defend the original order — absent a material error — in the wrong forum, with appellate judges effectively performing the work assigned to first instance judges in variation procedures. This would displace the corrective function of appellate courts and allow litigants to circumvent Parliament’s variation scheme.

[79] Litigants must not be permitted to game the system in this way: an appeal is not an opportunity to avoid the evidentiary burden in a variation proceeding; nor is it an opportunity to seek a fresh determination,

à celui du premier juge; il doit présumer de la justesse de la décision » : *Gordon*, par. 11. Il incombe au demandeur de prouver que l’intérêt de l’enfant diffère de celui qui a été déterminé dans la décision initiale parce qu’un changement important est survenu dans sa situation depuis que cette décision a été rendue. Une fois que le demandeur s’est acquitté de ce fardeau, l’analyse devient prospective : le juge saisi de la demande en modification doit de nouveau déterminer l’intérêt de l’enfant en tenant compte des conclusions de fait tirées par le premier juge, ainsi que de la preuve relative à la nouvelle situation (*Gordon*, par. 17). Dans ce contexte, le principe du caractère définitif garantit le respect des conclusions tirées au départ par le juge de première instance au sujet de l’intérêt de l’enfant : *Gordon*, par. 17; *Willick v. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 688, le juge Sopinka.

[77] L’appel, en revanche, vise à déterminer si la décision de première instance est entachée d’une erreur. En d’autres termes, l’appel porte essentiellement sur le bien-fondé de la décision antérieure, et non sur les conséquences découlant de faits survenus ultérieurement. Il s’agit d’une analyse essentiellement rétrospective dont le cadre est généralement délimité par le jugement rendu en première instance. Dans ce scénario, le caractère définitif de la décision initiale est préservé, à moins que la juridiction d’appel n’y décèle une erreur importante.

[78] Il est essentiel de préserver la distinction entre les procédures en modification et les appels dans le contexte du droit de la famille : s’il en était autrement, on obligerait injustement l’intimé à défendre l’ordonnance initiale — exempte d’erreur importante — devant le mauvais tribunal, obligeant par le fait même les juges d’appel à s’arroger le rôle confié aux juges de première instance dans les demandes en modification. Les cours d’appel se verraient ainsi confier un rôle différent du leur qui consiste à corriger des erreurs commises en première instance, et les parties pourraient contourner le mécanisme de modification établi par le Parlement.

[79] On ne doit pas permettre aux parties de déjouer ainsi le système. Un appel ne doit pas donner à une partie l’occasion de se soustraire au fardeau de preuve qui lui incombe dans une instance en modification; il ne doit pas

after remedying gaps in a trial strategy with the assistance of the trial judge’s “preliminary” reasons. Such a tactical approach in family cases will often be at the expense of the children.

[80] Consequently, in an appeal of a parenting order, courts should consider whether a variation application would be more appropriate in the circumstances. Where an application for additional evidence amounts to what is “in substance a disguised application to vary” (*Riel*, at para. 20), a court may refuse to admit additional evidence without considering the *Palmer* criteria.

(4) The Use of Properly Admitted Evidence on Appeal

[81] As a final observation, even when evidence is properly admitted on appeal, appellate courts must defer to the trial judge’s factual findings that are unaffected by the additional evidence. While assessing the proper outcome in light of additional evidence may require a global consideration of the case (*St-Cloud; Gordon*), appellate courts are not entitled to reweigh or disregard the trial judge’s underlying factual findings absent palpable and overriding error.

(5) Did the Court of Appeal Err in Admitting the Additional Evidence?

[82] In this case, the Court of Appeal erred in admitting the father’s evidence on appeal. It applied the wrong test and failed to consider whether the father exercised due diligence. The evidence could have been available for trial with due diligence. And in any event, this matter could have been dealt with solely on the basis that a fresh evidence motion was not in the interests of justice given the availability of a variation procedure.

non plus constituer une occasion de chercher à obtenir une nouvelle décision, après avoir remédié aux lacunes d’une stratégie adoptée au procès, en tirant profit des motifs « préliminaires » du juge de première instance. Le recours à de telles tactiques dans des causes de droit de la famille se fait souvent au détriment des enfants.

[80] Le tribunal saisi de l’appel d’une ordonnance parentale doit donc se demander si une demande en modification ne conviendrait pas mieux dans les circonstances. Lorsqu’une demande en production d’éléments de preuve supplémentaires équivaut [TRA-DUCTION] « en réalité à une demande en modification déguisée » (*Riel*, par. 20), le tribunal peut refuser d’admettre d’autres éléments de preuve, indépendamment des critères de l’arrêt *Palmer*.

(4) Utilisation en appel d’éléments de preuve correctement admis

[81] Enfin, même lorsque des éléments de preuve sont correctement admis en appel, la juridiction d’appel doit faire preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait du juge de première instance qui ne sont pas affectées par cette preuve supplémentaire. Bien que la recherche d’un résultat juste à la lumière des éléments de preuve supplémentaires puisse exiger un examen global de l’affaire (*St-Cloud; Gordon*), les juridictions d’appel ne sont pas autorisées à réévaluer ou à ignorer les conclusions de fait sous-jacentes du juge de première instance, sauf en cas d’erreur manifeste et déterminante.

(5) La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en admettant les éléments de preuve supplémentaires?

[82] Dans le cas qui nous occupe, la Cour d’appel a commis une erreur en admettant en appel les éléments de preuve présentés par le père. Elle n’a pas appliqué le bon test et ne s’est pas demandé si le père avait fait preuve de diligence raisonnable. Si cela avait été le cas, les éléments de preuve auraient pu être disponibles au procès. Par ailleurs, en tout état de cause, cette question aurait pu être décidée uniquement sur le fondement que la présentation d’une requête en production d’une preuve nouvelle n’était pas dans l’intérêt de la justice compte tenu de l’existence d’un mécanisme de modification.

[83] The father sought to adduce an affidavit at the conclusion of the appeal hearing. He deposed that he had taken steps to pay the mother her interest in the family property “to comply with the order of the trial judge”: C.A. reasons, at para. 27. He also deposed that he refinanced the home and his parents increased their personal line of credit, which went towards renovations that had been partially completed.

[84] The father argues that the evidence addressed the trial judge’s concerns that because of their financial position, his ability to remain in the family home, or even in West Kelowna, was “less than certain”: see R.F., at para. 5; see also trial reasons, at para. 40. These preoccupations, he says, are now “demonstrably incorrect”: R.F., at para. 31.

[85] In a similar vein, the Court of Appeal admitted the evidence because it was “cogent and material”, and it “directly address[ed] one of the two primary underpinnings of the trial decision” (para. 51), since the trial judge’s “concern, or expectation, or ‘assumption’” regarding the father’s ability to remain in the family home “ha[d] been displaced” (para. 57).

[86] The trial judge’s predictions about the state of the father’s finances and his ability to remain at his residence, however, should not be mischaracterized. It was open to the trial judge to make an assessment about the future and make a finding of fact based on the evidence before him. Here, the fact that the father later moved to cure evidentiary deficiencies regarding his ability to finance and renovate the home does not mean that the trial judge erred in his findings or conclusions.

[87] More to the point, the father failed to act with due diligence. Most obviously, the facts he now seeks to prove and rely upon on appeal — that he had the

[83] Le père a cherché à produire un affidavit à la fin de l’audition de l’appel. Il y a affirmé qu’il avait pris des mesures pour payer à la mère sa part de la propriété familiale [TRADUCTION] « afin de se conformer à l’ordonnance du juge de première instance » : motifs de la C.A., par. 27. Il y a également déclaré qu’il avait refinancé la maison et que ses parents avaient augmenté leur marge de crédit personnelle, ce qui lui avait permis de payer les rénovations, qui étaient partiellement achevées.

[84] Le père soutient que ces éléments de preuve dissipaient les doutes soulevés par le juge de première instance, qui estimait que, en raison de leur situation financière, la capacité du père de demeurer dans la maison, ou même à Kelowna Ouest, était [TRADUCTION] « incertaine » : voir m.i., par. 5; voir aussi les motifs de première instance, par. 40. Selon lui, il a été démontré depuis que ces doutes étaient [TRADUCTION] « clairement injustifiés » : m.i., par. 31.

[85] Dans le même ordre d’idées, la Cour d’appel a admis les éléments de preuve parce qu’ils étaient [TRADUCTION] « convaincants et importants » et qu’ils « concern[ai]ent l’un des deux principaux fondements de la décision de première instance » : par. 51. En effet, [TRADUCTION] « la préoccupation, l’attente ou l’“hypothèse” » du juge de première instance quant à la capacité du père de demeurer dans la maison familiale « [avaient] été réfutés » : par. 57.

[86] Il ne faut toutefois pas déformer les prédictions du juge de première instance au sujet de l’état des finances du père et de sa capacité de demeurer dans sa maison. Le juge de première instance pouvait faire une analyse prospective et tirer une conclusion de fait d’après la preuve dont il disposait. En l’espèce, le fait que, par la suite, le père a présenté une demande pour remédier aux lacunes de sa preuve concernant sa capacité de financer et de rénover la maison ne signifie pas pour autant que le juge de première instance a commis une erreur dans ses constatations ou ses conclusions.

[87] Ce qui importe, c’est que le père n’a pas fait preuve de diligence raisonnable. De toute évidence, les faits qu’il cherchait alors à établir et à invoquer

necessary financing to keep his home and make it habitable for the children — were squarely at issue before the trial judge. He could have taken reasonable steps to obtain financing before trial, since he was aware that he needed to refinance to stay in the house: trial reasons, at para. 35. His plan was contingent on obtaining financing from his father, whose testimony was “less definite” (para. 36):

Mr. Grebliunas Sr. has no commitment letters regarding financing. Asked whether he was prepared to offer any more than the amount of the debt, he hedged, saying “We’ll see what the final number is”, and offered his opinion that the property would be “a good investment”. [Emphasis added; para. 38.]

As the trial judge concluded, the practicability of that arrangement remained “an open question”: para. 39.

[88] Allowing the father to resolve these concerns and redraw the factual landscape at the eleventh hour of the appeal occasioned considerable unfairness. In effect, he was allowed to relitigate the same issues on the basis of more favourable facts, displacing the corrective function of the appellate court. Nothing on the record indicates that he was prevented from obtaining the financing commitments before trial. This ran firmly against the interest in finality and order that due diligence is meant to safeguard.

[89] Further, as noted above, an alternative legislative mechanism for varying the trial order was available to deal with any material changes of circumstances arising after trial: *Divorce Act*, s. 17(5); *Gordon*, at para. 10. By successfully adducing the additional evidence, the father was able to circumvent the burden he would have faced in a variation application — that is, proving a change of circumstances from those that justified the children’s relocation to

en appel — en l’occurrence, qu’il disposait du financement nécessaire pour garder sa maison et la rendre habitable pour ses enfants — étaient directement en litige devant le juge de première instance. Il aurait pu prendre des mesures raisonnables pour obtenir du financement avant le procès, puisqu’il savait qu’il devait refinancer la maison pour continuer à y habiter : motifs de première instance, par. 35. Son plan était subordonné à l’obtention d’un financement de la part de son père qui, dans son témoignage, [TRADUCTION] « est demeuré plutôt vague » (par. 36) sur ce point :

[TRADUCTION] Monsieur Grebliunas père n’a pas signé de lettre d’engagement concernant le financement. Interrogé quant à savoir s’il était disposé à offrir davantage que le montant de la dette, il s’est montré hésitant, disant : « [o]n verra quel sera le chiffre final », ajoutant que la propriété serait « un bon investissement ». [Je souligne; par. 38.]

Comme le juge de première instance l’a conclu, la question de savoir si cet arrangement était réalisable demeurait [TRADUCTION] « entière » : par. 39.

[88] En permettant au père de dissiper ces doutes et de redéfinir la trame factuelle à la toute fin de l’appel, la Cour d’appel a créé une grave injustice. En effet, elle lui a permis de plaider de nouveau les mêmes questions en invoquant des faits qui lui étaient plus favorables, s’écartant par le fait même du rôle qui lui est dévolu de corriger des erreurs commises en première instance. Rien dans le dossier ne permet de penser que le père ait été empêché d’obtenir des engagements financiers avant le procès. Cette façon de procéder allait carrément à l’encontre du principe du caractère définitif et du déroulement ordonné des procédures judiciaires devant être protégé par le critère de la diligence raisonnable.

[89] En outre, comme je l’ai déjà signalé, la loi prévoit un autre mécanisme pour obtenir la modification de l’ordonnance de première instance afin de tenir compte des changements de situation importants depuis le procès : *Loi sur le divorce*, par. 17(5); *Gordon*, par. 10. En réussissant à produire les éléments de preuve supplémentaires, le père a pu se soustraire au fardeau de preuve auquel il aurait été assujéti dans le cadre d’une demande en modification et qui l’aurait

Telkwa. Instead, he received what amounted to a near fresh evaluation of the children’s best interests.

[90] A flexible approach to *Palmer* in cases involving the welfare of children must not permit what is “in substance a disguised application to vary”: *Riel*, at para. 20. And as stated above, courts should be mindful of not permitting parties to use the *Palmer* framework to circumvent and undermine parliamentary schemes that provide specific procedures for review or variation upon shifts in the factual landscape.

[91] There are no circumstances here that render the admission of this evidence necessary in the interests of justice. The Court of Appeal erred in admitting the additional evidence on appeal.

B. *The Framework Governing Relocation Cases*

[92] I turn now to the second question in this appeal: whether the trial judge erred in his analysis of the mother’s application to relocate to Telkwa with the children.

[93] The father argues that the trial judge erred in his application of the common law framework that governs relocation applications, and that this framework should be updated. He raises concerns regarding the trial judge’s application of *Gordon* to the parties’ shared parenting arrangement; his treatment of the “maximum contact principle”; the weight he afforded to the mother’s reasons for moving; his neglect of the mother’s testimony that she would stay in Kelowna and co-parent if her application failed; and the impact of family violence and discord between the parties on his analysis: R.F., at paras. 24-29, 33-37, 67 and 84-88.

obligé à démontrer qu’un changement était survenu dans la situation qui avait initialement justifié le déménagement des enfants à Telkwa. Au lieu de cela, il a pu bénéficier de ce qui équivalait à une évaluation presque entièrement nouvelle de l’intérêt des enfants.

[90] L’application d’une approche souple du test de l’arrêt *Palmer* dans les affaires mettant en cause le bien-être d’enfants ne doit pas donner lieu à ce qui correspond [TRADUCTION] « en réalité à une demande en modification déguisée » : *Riel*, par. 20. Et comme je l’ai déjà expliqué, les tribunaux doivent veiller à ne pas permettre aux parties d’utiliser le cadre d’analyse de l’arrêt *Palmer* pour contourner et affaiblir un régime législatif qui prévoit des mécanismes précis de révision ou de modification en cas d’évolution du contexte factuel.

[91] En l’espèce, la situation ne rend pas l’admission de ces éléments de preuve nécessaire dans l’intérêt de la justice. La Cour d’appel a commis une erreur en les admettant en appel.

B. *Cadre d’analyse des affaires mettant en cause un déménagement important*

[92] Je passe maintenant à la seconde question en litige dans le présent pourvoi, en l’occurrence celle de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans son analyse de la demande présentée par la mère pour être autorisée à déménager à Telkwa avec les enfants.

[93] Le père plaide que le juge de première instance a commis une erreur dans son application du cadre d’analyse applicable aux demandes relatives à un déménagement, ajoutant qu’il y a lieu d’actualiser ce cadre. Il soulève des questions concernant l’application de l’arrêt *Gordon*, par le juge de première instance, à l’arrangement de garde partagée des parties, la façon dont il a appliqué le « principe du contact maximum », le poids qu’il a accordé aux raisons invoquées par la mère pour justifier le déménagement, le fait qu’il a négligé le témoignage de la mère selon lequel elle demeurerait à Kelowna et partagerait les responsabilités parentales si sa demande était rejetée, et les incidences de la violence familiale et de la discorde entre les parties sur son analyse : m.i., par. 24-29, 33-37, 67 et 84-88.

[94] These submissions all bring into focus how case law across the country has refined and supplemented the *Gordon* framework for over 25 years. Indeed, the *Gordon* framework is flexible by design; it is not an unyielding set of rules. And with decades of *Gordon* jurisprudence as a guide, the federal government and many provinces have now enacted statutory relocation regimes that largely reflect the judicial experience evinced in the case law. As I will explain, this jurisprudential and legislative lineage provides a clear framework for all family arrangements going forward. The trial judge's assessment of the best interests of the child is consistent with this refined framework. It was free from material error and entitled to deference on appeal.

[95] My reasons proceed as follows. First, I touch on the best interests of the child and the unique nature of mobility cases. Second, I underline the importance of deference in cases involving parenting issues. Third, I set out the refined *Gordon* framework in light of jurisprudential and legislative refinements that have occurred over the past two decades. Finally, I turn to the specific issues raised in this case: whether the trial judge erred in his application of the *Gordon* framework.

(1) The Best Interests of the Child

[96] The best interests of the child are an important legal principle in our justice system: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 9. It is a staple in domestic statutes, international law, and the common law: see, for example, *Divorce Act*, s. 16; *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 3(1); *Gordon*; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2

[94] Ces arguments nous amènent à nous pencher sur la manière dont la jurisprudence qui a été élaborée un peu partout au pays a précisé et complété le cadre de l'arrêt *Gordon* durant les 25 dernières années. D'ailleurs, ce cadre a été conçu pour être souple. Il ne s'agit pas d'un ensemble de règles inflexibles. Fort de la jurisprudence sur ce cadre d'analyse élaborée depuis des décennies, le gouvernement fédéral et bon nombre de provinces ont en outre adopté des régimes législatifs en matière de déménagement qui s'inspirent en grande partie de l'expérience judiciaire. Comme je vais l'expliquer, cette jurisprudence et ces lois fournissent désormais des balises claires pour tous les arrangements familiaux. L'évaluation que le juge de première instance a faite de l'intérêt des enfants est conforme à ce cadre d'analyse précisé. Son analyse n'est entachée d'aucune erreur importante et elle commande la déférence en appel.

[95] J'exposerai mes motifs dans l'ordre suivant. Premièrement, j'aborderai la question de l'intérêt de l'enfant et le caractère unique des affaires dans lesquelles il est question d'un déménagement important. Deuxièmement, j'insisterai sur l'importance de faire preuve de déférence dans les affaires portant sur des droits parentaux. Troisièmement, j'exposerai le cadre de l'arrêt *Gordon* précisé à la lumière des nuances apportées par la jurisprudence et par les lois au cours des deux dernières décennies. Finalement, je me pencherai sur la question précise soulevée en l'espèce, soit celle de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans son application du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon*.

(1) L'intérêt de l'enfant

[96] L'intérêt de l'enfant est un principe juridique important dans notre système de justice : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 9. Il occupe une place centrale dans nos lois internes, en droit international et en common law : voir, par exemple, *Loi sur le divorce*, art. 16; *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, par. 3(1); *Gordon*; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *A.C. c. Manitoba (Directeur*

S.C.R. 181; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909.

[97] But, even with a wealth of jurisprudence as guidance, determining what is “best” for a child is never an easy task. The inquiry is “highly contextual” because of the “multitude of factors that may impinge on the child’s best interest”: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, at para. 11; *Gordon*, at para. 20.

[98] The difficulties inherent to the best interests principle are amplified in the relocation context. Untangling family relationships may have profound consequences, especially when children are involved. A child’s welfare remains at the heart of the relocation inquiry, but many traditional considerations do not readily apply in the same way.

[99] In *Gordon*, this Court set out a framework for deciding whether relocation is in the best interests of the child. Under this framework, a judge has the onerous task of determining a child’s best interests in the tangle of competing benefits and detriments posed by either outcome: *Hejzlar v. Mitchell-Hejzlar*, 2011 BCCA 230, 334 D.L.R. (4th) 49, at para. 23. And as Abella J.A. (as she then was) once observed, “[i]t can be no more than an informed opinion made at a moment in the life of a child about what seems likely to prove to be in that child’s best interests”: *MacGyver v. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481 (C.A.), at p. 489.

(2) The Importance of Deference in Parenting Cases Affecting the Best Interests of the Child

[100] The scope of appellate review in family law cases is narrow: *Van de Perre*, at para. 11. Determining a child’s best interests is always a fact-specific and highly discretionary determination: *Van de Perre*,

des services à l’enfant et à la famille), 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909.

[97] Cela dit, même avec une abondante jurisprudence pour guider les tribunaux, il n’est jamais facile de déterminer où réside « l’intérêt » d’un enfant. Il s’agit d’une analyse qui « dépen[d] fortement du contexte », en raison de la « multitude de facteurs qui risquent de faire obstacle à l’intérêt de l’enfant » : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, par. 11; *Gordon*, par. 20.

[98] Les difficultés inhérentes à l’application du principe de l’intérêt sont amplifiées en cas de déménagement important. L’éclatement d’une cellule familiale peut avoir de lourdes conséquences, surtout lorsque des enfants sont impliqués. Le bien-être de l’enfant demeure au cœur de l’analyse du déménagement, mais bon nombre de considérations traditionnelles ne s’appliquent pas aussi aisément que dans d’autres contextes.

[99] Dans l’arrêt *Gordon*, notre Cour a défini un cadre d’analyse permettant de déterminer si le déménagement est dans l’intérêt de l’enfant. Selon ce cadre, le juge a la lourde tâche de déterminer l’intérêt de l’enfant en tenant compte de l’ensemble des avantages et des inconvénients concurrents que présente l’une ou l’autre des issues : *Hejzlar c. Mitchell-Hejzlar*, 2011 BCCA 230, 334 D.L.R. (4th) 49, par. 23. Et, comme la juge Abella (plus tard juge de notre Cour) l’a déjà fait observer, [TRADUCTION] « [i] ne peut s’agir que d’une opinion éclairée, formulée à un moment précis de la vie d’un enfant, sur ce qui semble susceptible d’être dans son intérêt » : *MacGyver c. Richards* (1995), 22 O.R. (3d) 481 (C.A.), p. 489.

(2) L’importance de faire preuve de déférence dans les causes relatives aux responsabilités parentales ayant une incidence sur l’intérêt de l’enfant

[100] Dans les affaires familiales, la portée du contrôle en appel est restreinte : *Van de Perre*, par. 11. La détermination de l’intérêt de l’enfant est toujours une décision hautement discrétionnaire et tribunaire

at para. 9. And as Gonthier J. observed, “Courts of Appeal should be highly reluctant to interfere with the exercise of a trial judge’s discretion”: *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1374.

[101] The trial judge is the fact finder and has the benefit of the intangible impact of conducting the trial: *R. v. G.F.*, 2021 SCC 20, [2021] 1 S.C.R. 801, at para. 81. After hearing from the parties directly, weighing the evidence, and making factual determinations, the trial court is best positioned to determine the best parenting arrangement.

[102] An appellate court’s role, as noted, is instead generally one of error correction; it is not to retry a case. Permitting appellate courts to become venues for dissatisfied parties to relitigate issues already resolved at trial erodes the public’s confidence in the judicial process and the rule of law. The proper functioning of our judicial system requires each level of court to remain moored to its respective role in the administration of justice.

[103] Therefore, an appellate court may only intervene where there is a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error in law: *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, at para. 12; *Van de Perre*, at para. 11.

[104] Absent an error of law or a palpable and overriding error of fact, deference is vital: *Housen*, at paras. 8, 10, 36 and 39. Appellate courts must review a trial judge’s reasons generously and as a whole, bearing in mind the presumption that trial judges know the law: *G.F.*, at para. 79. As I have explained, an appeal is not a litigant’s opportunity for a “second kick at the can”, especially in parenting cases where finality is of paramount importance: *Van de Perre*, at para. 13.

des faits : *Van de Perre*, par. 9. Et, comme le juge Gonthier l’a souligné, « [l]es cours d’appel devraient avoir beaucoup d’hésitation à intervenir dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’un juge de première instance » : *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, p. 1374.

[101] Le juge de première instance est le juge des faits; il bénéficie à ce titre de l’avantage intangible que lui confère le fait de présider le procès : *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801, par. 81. Après avoir entendu directement les parties, évalué la preuve et tiré des conclusions de fait, le tribunal de première instance est le mieux placé pour déterminer quel est le meilleur arrangement de garde.

[102] Comme je l’ai déjà signalé, le rôle d’une juridiction d’appel consiste généralement à corriger les erreurs, pas à recommencer le procès. Permettre à une partie insatisfaite de s’adresser à une juridiction d’appel pour plaider de nouveau des questions déjà tranchées en première instance minerait la confiance du public envers le processus judiciaire et la primauté du droit. Le bon fonctionnement de notre système judiciaire exige que chaque niveau de juridiction respecte fidèlement le rôle qui lui est dévolu dans l’administration de la justice.

[103] Une juridiction d’appel ne peut donc intervenir que si elle relève une erreur importante, une erreur significative dans l’interprétation de la preuve ou une erreur de droit dans le jugement de première instance : *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, par. 12; *Van de Perre*, par. 11.

[104] En l’absence d’erreur de droit ou d’erreur de fait manifeste et déterminante, la retenue est de mise : *Housen*, par. 8, 10, 36 et 39. Les juridictions d’appel doivent examiner les motifs du juge de première instance de façon généreuse et dans leur ensemble, en tenant compte de la présomption selon laquelle les juges de première instance connaissent le droit : *G.F.*, par. 79. Comme je l’ai expliqué, l’appel n’est pas une « seconde chance » accordée à une partie, surtout dans les affaires concernant les droits parentaux, dans lesquelles la résolution définitive des litiges revêt une importance capitale : *Van de Perre*, par. 13.

(3) The Legal Principles Governing Relocation Applications

[105] For over 25 years, *Gordon* has been the governing authority for mobility applications. McLachlin J. (as she then was) set out a two-stage inquiry for determining whether to vary a parenting order under the *Divorce Act* and permit a custodial parent to relocate with the child: first, the party seeking a variation must show a material change in the child's circumstances; second, the judge must determine what order reflects the child's best interests in the new circumstances. *Gordon* then provided factors to be considered in relocation cases.

[106] Although *Gordon* concerned a variation order, courts have also applied the framework when determining a parenting arrangement at first instance, with appropriate modifications: see *Nunweiler v. Nunweiler*, 2000 BCCA 300, 186 D.L.R. (4th) 323, at paras. 27-28; *L.D.D. v. J.A.D.*, 2010 NBCA 69, 364 N.B.R. (2d) 200, at paras. 10, 24-25, 27 and 29; *Bjornson v. Creighton* (2002), 62 O.R. (3d) 236 (C.A.), at para. 18. As well, courts have applied the framework in cases governed by provincial family law acts, even though *Gordon* concerned an application under the *Divorce Act*: *Bjornson*, at paras. 8 and 17; *G.J. v. C.M.*, 2021 YKSC 20, at para. 26 (CanLII); *Droit de la famille — 2294*, 2022 QCCA 125, at paras. 11-12 (CanLII).

[107] At the time *Gordon* was rendered, the *Divorce Act* and provincial family legislations did not contain any provisions pertaining to relocation. In 2019, Parliament amended the *Divorce Act* to provide a statutory regime that governs relocation applications. Several provinces have enacted similar statutory relocation regimes in recent years: see *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, ss. 65 to 71; *The Children's Law Act, 2020*, S.S. 2020, c. 2, ss. 13 to 17; *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 39.4; *Family Law Act*, S.N.B. 2020, c. 23, ss. 60 to 66; *Parenting and*

(3) Principes juridiques régissant les demandes relatives à un déménagement important

[105] Depuis plus de 25 ans, l'arrêt *Gordon* fait autorité en matière de demandes relatives à un déménagement. La juge McLachlin (plus tard juge en chef) y établit une analyse en 2 étapes pour déterminer dans quels cas il y a lieu de modifier une ordonnance parentale en application de la *Loi sur le divorce* et de permettre au parent gardien de déménager avec l'enfant : le parent qui demande la modification de l'ordonnance doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant; le juge doit ensuite rendre l'ordonnance qui sert le mieux l'intérêt de l'enfant étant donné la nouvelle situation. L'arrêt *Gordon* énumère en outre des facteurs dont il convient de tenir compte dans les affaires de déménagement.

[106] Bien que l'arrêt *Gordon* ait porté sur une ordonnance modificative, les tribunaux ont aussi appliqué son cadre d'analyse pour déterminer des arrangements de garde en première instance, en y apportant les modifications appropriées : voir *Nunweiler c. Nunweiler*, 2000 BCCA 300, 186 D.L.R. (4th) 323, par. 27-28; *L.D.D. c. J.A.D.*, 2010 NBCA 69, 364 R.N.-B. (2e) 200, par. 10, 24-25, 27 et 29; *Bjornson c. Creighton* (2002), 62 O.R. (3d) 236 (C.A.), par. 18. De même, les tribunaux ont appliqué ce cadre d'analyse dans des affaires régies par des lois provinciales sur le droit de la famille, même si l'arrêt *Gordon* concernait une demande présentée en vertu de la *Loi sur le divorce* : *Bjornson*, par. 8 et 17; *G.J. c. C.M.*, 2021 YKSC 20, par. 26 (CanLII); *Droit de la famille — 2294*, 2022 QCCA 125, par. 11-12 (CanLII).

[107] Au moment où l'arrêt *Gordon* a été rendu, la *Loi sur le divorce* et les lois provinciales sur la famille ne contenaient aucune disposition en matière de changement de lieu de résidence ou de déménagement. En 2019, le Parlement a modifié la *Loi sur le divorce* pour y prévoir un régime législatif qui régit les demandes relatives à un déménagement. Au cours des dernières années, plusieurs provinces ont adopté des régimes semblables en matière de déménagement : voir la *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, art. 65 à 71; *Loi de 2020 sur le droit de l'enfance*, L.S. 2020,

Support Act, R.S.N.S. 1989, c. 160, ss. 18E to 18H; *Children's Law Act*, S.P.E.I. 2020, c. 59, ss. 46 to 52.

[108] Subject to some notable exceptions, the *Divorce Act* and these provincial statutes largely codified this Court's framework in *Gordon*. As I will explain, where they depart from *Gordon*, the changes reflect the collective judicial experience of applying the framework for over 25 years.

[109] The *Divorce Act* amendments came into force on March 1, 2021, after the courts below decided this case. Therefore, the mobility application under appeal proceeded under the *Gordon* framework. That said, the transitional provision in s. 35.3 of the amended *Divorce Act* provides:

35.3 A proceeding commenced under this Act before the day on which this section comes into force and not finally disposed of before that day shall be dealt with and disposed of in accordance with this Act as it reads as of that day.

[110] This Court did not receive any submissions on the application of s. 35.3. As I will explain, however, the outcome would be the same regardless of whether this case were decided under the amended *Divorce Act* or the refined *Gordon* framework. The new relocation provisions in the *Divorce Act* largely mirror developments in the common law since *Gordon*. As a result, I leave the discussion of the transitional provision for another day. This case, however, provides an opportunity to bring the common law framework in line with the amended *Divorce Act* to assist judges in dealing with future mobility cases.

[111] In the sections that follow, I clarify how certain aspects of the framework for determining

c. 2, art. 13 à 17; *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 39.4; *Loi sur le droit de la famille*, L.N.-B. 2020, c. 23, art. 60 à 66; *Parenting and Support Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, art. 18E à 18H; *Children's Law Act*, S.P.E.I. 2020, c. 59, art. 46 à 52.

[108] À quelques importantes exceptions près, la *Loi sur le divorce* et les lois provinciales en question ont largement codifié le cadre d'analyse énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Gordon*. Comme je l'expliquerai, les dispositions qui divergent du cadre de l'arrêt *Gordon* reflètent l'expérience judiciaire collective découlant de l'application de ce cadre depuis plus de 25 ans.

[109] Les modifications à la *Loi sur le divorce* sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2021, soit après que les juridictions d'instances inférieures eurent statué sur la présente affaire. La demande relative au déménagement en l'espèce a donc été jugée en fonction du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon*. Cela dit, la disposition transitoire de l'art. 35.3 de la *Loi sur le divorce* modifiée est ainsi libellée :

35.3 Toute action engagée sous le régime de la présente loi avant la date d'entrée en vigueur du présent article et sur laquelle il n'a pas été définitivement statué avant cette date est instruite, et il en est décidé, conformément à la présente loi dans sa version à cette date ou après celle-ci.

[110] La Cour n'a pas reçu d'observations au sujet de l'application de l'art. 35.3. Toutefois, comme je l'expliquerai, le résultat serait le même, que l'affaire soit jugée sous le régime de la *Loi sur le divorce* modifiée ou selon le cadre précisé de l'arrêt *Gordon*. Les nouvelles dispositions de la *Loi sur le divorce* relatives aux déménagements reflètent en grande partie l'évolution de la common law depuis l'arrêt *Gordon*. Je préfère donc laisser en suspens l'examen de la disposition transitoire. La présente affaire nous offre toutefois l'occasion d'harmoniser le cadre d'analyse de la common law avec la *Loi sur le divorce* modifiée pour faciliter à l'avenir l'examen par les juges des affaires mettant en cause un déménagement.

[111] Dans les sections qui suivent, je préciserai de quelle manière certains aspects du cadre d'analyse des

parental relocation issues have evolved since this Court decided *Gordon*.

(a) *Determining Relocation Issues at First Instance and by Way of Variation Applications*

[112] The approach to mobility issues when they are raised at first instance, as in this case, differs from the approach to such issues when they are raised by way of a variation application, as in *Gordon*. Without a pre-existing judicial determination, a parent's desire to relocate is simply part of the factual matrix in the assessment of what parenting arrangement is in the best interests of the child. Therefore, the first stage of *Gordon* — which sets out the usual requirement for a variation order — has no application.

[113] Even where there is an existing parenting order, relocation will typically constitute a material change in circumstances and therefore satisfy the first stage of the *Gordon* framework: *Gordon*, at para. 14; see also *Divorce Act*, s. 17(5.2).

[114] Therefore, regardless of how the relocation issue is brought before the court, the first stage of the *Gordon* inquiry will likely not raise a contentious issue. That said, when the relocation issue arises by way of a variation application, a court must consider the findings of fact of the judge who made the previous order, together with the evidence of new circumstances: *Gordon*, at para. 17. The history of parenting arrangements is always relevant to understanding a child's best interests.

(b) *Determining a Child's Best Interests in Mobility Cases*

[115] Accordingly, the so-called second stage of the *Gordon* framework is often the sole issue when

questions portant sur le déménagement des parents ont évolué depuis que notre Cour a tranché l'affaire *Gordon*.

a) *Trancher les questions de déménagement en première instance et au moyen de demandes en modification*

[112] L'approche utilisée pour traiter les questions relatives à un déménagement lorsqu'elles sont soulevées en première instance, comme en l'espèce, diffère lorsque ces mêmes questions sont soulevées au moyen d'une demande en modification, comme dans l'arrêt *Gordon*. Si aucune décision judiciaire n'a encore été rendue à ce sujet, le désir d'un parent de déménager fait simplement partie du contexte factuel lorsqu'il s'agit de déterminer quel arrangement de garde est dans l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, le premier volet de l'analyse de l'arrêt *Gordon* — qui prévoit la condition à laquelle il doit habituellement être satisfait dans le cas d'une ordonnance modificative — ne s'applique pas.

[113] Cela dit, même lorsqu'il existe déjà une ordonnance parentale, le déménagement constitue généralement un changement important dans la situation et satisfait donc au premier volet du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon* : *Gordon*, par. 14; voir aussi *Loi sur le divorce*, par. 17(5.2).

[114] Par conséquent, peu importe la façon dont la question du déménagement est soumise au tribunal, le premier volet du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon* ne soulèvera probablement pas de question litigieuse. Cela étant, lorsque la question du déménagement est soulevée au moyen d'une demande en modification, le tribunal doit examiner à la fois les conclusions de fait du juge qui a rendu l'ordonnance précédente et la preuve relative aux changements de situation survenus : *Gordon*, par. 17. Les arrangements de garde déjà conclus sont toujours pertinents pour comprendre ce qui est dans l'intérêt de l'enfant.

b) *Détermination de l'intérêt de l'enfant dans les affaires de déménagement important*

[115] Ce que l'on appelle le second volet du cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon* est donc souvent le seul

determining a relocation issue. The crucial question is whether relocation is in the best interests of the child.

[116] Five considerations that bear upon the best-interests-of-the-child analysis arise in this case: (i) the application of *Gordon* to shared parenting arrangements and the so-called “great respect principle”; (ii) a moving parent’s reasons for relocation; (iii) the “maximum contact principle”; (iv) a moving parent’s testimony about how the outcome of the application will influence their decision to relocate; and (v) the impact of family violence. I address each in turn, looking at their evolution in the case law since *Gordon* and their reflection in amendments to the *Divorce Act*.

- (i) The Application of *Gordon* to Shared Parenting Arrangements and the So-Called “Great Respect Principle”

[117] In determining the best interests of the child, *Gordon* first instructs that “[t]he inquiry does not begin with a legal presumption in favour of the custodial parent, although the custodial parent’s views are entitled to great respect”: para. 49.

[118] In this case, the father contends that this aspect of *Gordon* is of limited value where there is a shared parenting arrangement: R.F., at para. 28. He says the trial judge should not have paid special “respect” to the mother’s decision to move given their history of shared parenting roles. He relies on Newbury J.A.’s observation in *Q. (R.E.) v. K. (G.J.)*, 2012 BCCA 146, 348 D.L.R. (4th) 622, at para. 58, that “[i]t is not clear how the ‘great respect’ principle should work where both parents are custodial parents.”

[119] The parent who cares for the child on a daily basis is in a unique position to assess what is in their best interests: *Gordon*, at para. 48. This logic applies to both parents in a shared parenting arrangement, and accordingly, both of their views are entitled to great

point litigieux à trancher dans les affaires de déménagement. La question cruciale est celle de savoir si le déménagement est dans l’intérêt de l’enfant.

[116] En l’espèce, cinq facteurs ayant une incidence sur l’analyse de l’intérêt de l’enfant entrent en jeu : (i) l’application de l’arrêt *Gordon* aux arrangements de garde partagée et ce qu’on appelle le « principe du grand respect »; (ii) les raisons invoquées par le parent pour justifier le déménagement; (iii) le « principe du contact maximum »; (iv) le témoignage du parent qui souhaite déménager sur la façon dont l’issue de la demande influencera sa décision de réaliser son projet; (v) les incidences de la violence familiale. Je les examinerai à tour de rôle, en tenant compte de leur évolution dans la jurisprudence depuis l’arrêt *Gordon* et de l’influence que ces facteurs ont eue sur les modifications apportées à la *Loi sur le divorce*.

- (i) Application de l’arrêt *Gordon* aux arrangements de garde partagée et ce qu’on appelle le « principe du grand respect »

[117] Pour déterminer l’intérêt de l’enfant, l’arrêt *Gordon* indique d’abord que « [l]’analyse ne repose pas sur une présomption légale favorable au parent gardien, bien qu’il faille accorder un grand respect à l’opinion de ce dernier » : par. 49.

[118] En l’espèce, le père soutient que cet aspect de l’arrêt *Gordon* est d’une valeur limitée lorsqu’il existe un arrangement de garde partagée : m.i., par. 28. Il affirme que le juge de première instance n’aurait pas dû accorder un « respect » particulier à la décision de la mère de déménager puisqu’ils se sont historiquement partagé les rôles parentaux. Il s’appuie sur l’observation formulée par la juge Newbury dans l’arrêt *Q. (R.E.) c. K. (G.J.)*, 2012 BCCA 146, 348 D.L.R. (4th) 622, par. 58 : [TRADUCTION] « [o]n ne sait pas avec certitude comment le principe du “grand respect” devrait s’appliquer lorsque les deux parents agissent comme parents gardiens. »

[119] Le parent qui prend soin de l’enfant au quotidien est dans une position unique pour évaluer ce qui est dans son intérêt : *Gordon*, par. 48. Cette logique s’applique aux deux parents qui ont conclu un arrangement de garde partagée, de sorte que leur

respect in an assessment of the child’s best interests. This makes sense: a court always pays careful attention to the views of the parents. In my view, it adds little value to this analysis to label it a separate principle of “great respect”.

[120] As for any legal presumption in relocation cases, the Court in *Gordon* noted that the wording of the *Divorce Act* belied the need to defer to the custodial parent. Rather, the Act expressly stipulated that the judge hearing the application should be concerned only with the best interests of the child, and the variation provisions did not place a burden on any parent at the merits stage of the analysis: paras. 37 and 39.

[121] But over time, certain patterns have emerged. In practice, a move is more likely to be approved where the clear primary caregiver for a child seeks to relocate and more likely to be denied if there is a shared parenting arrangement. Professor Thompson refers to this as the unspoken “primary caregiver presumption”: see D. A. R. Thompson, “Ten Years After *Gordon*: No Law, Nowhere” (2007), 35 *R.F.L.* (6th) 307, at p. 317; R. Thompson, “Where Is B.C. Law Going? The New Mobility” (2012), 30 *C.F.L.Q.* 235.

[122] In discussing presumptions, *Gordon* relied on the fact that Parliament had not set out any general rules. It has since done so. In 2019, Parliament enacted a burden of proof, set out in s. 16.93 of the *Divorce Act*, which corresponds to the broad trends in the jurisprudence.

[123] Therefore, in all cases, the history of caregiving will be relevant. And while it may not be useful to label the attention courts pay to the views of the parent as a separate “great respect” principle, the history of caregiving will sometimes warrant a burden of proof in favour of one parent. Indeed, federal and provincial legislatures have increasingly enacted presumptions, bringing clarity to the law. In

opinion respective a droit à un grand respect lorsqu’il s’agit d’évaluer l’intérêt de l’enfant. Cela est logique : le tribunal accorde toujours une attention particulière au point de vue des parents. À mon avis, le fait de qualifier cette attention de principe distinct de « grand respect » n’apporte que peu à l’analyse.

[120] Quant à l’existence d’une présomption de droit dans les affaires de déménagement, la Cour a fait observer, dans l’arrêt *Gordon*, que le libellé de la *Loi sur le divorce* ne confirmait pas la nécessité de s’en remettre au parent gardien. Elle prescrivait plutôt explicitement que le juge qui entend la demande ne doit être guidé que par l’intérêt de l’enfant, et les dispositions relatives aux demandes en modification n’imposaient aucun fardeau à l’un ou l’autre des parents à l’étape de l’examen du bien-fondé de la demande : par. 37 et 39.

[121] Cependant, au fil du temps, certaines tendances ont émergé. En pratique, il est plus probable que le déménagement soit autorisé lorsqu’il est demandé par la personne qui, de toute évidence, s’occupe principalement des enfants; et il est plus susceptible d’être refusé s’il existe un arrangement de garde partagée. C’est ce que le professeur Thompson appelle la [TRADUCTION] « présomption en faveur du parent gardien » : voir D. A. R. Thompson, « Ten Years After *Gordon* : No Law, Nowhere » (2007), 35 *R.F.L.* (6th) 307, p. 317; R. Thompson, « Where Is B.C. Law Going? The New Mobility » (2012), 30 *C.F.L.Q.* 235.

[122] Dans son examen des présomptions, l’arrêt *Gordon* s’est appuyé sur le fait que le Parlement n’avait pas établi de règles générales. Or, il l’a fait depuis. En effet, en 2019, il a prévu à l’art. 16.93 de la *Loi sur le divorce* un fardeau de preuve qui correspond aux grandes tendances de la jurisprudence.

[123] Dans tous les cas, la façon dont les tâches ont été partagées entre les parents dans le passé est donc une considération pertinente. En outre, même s’il n’est peut-être pas utile d’étiqueter l’attention qu’accordent les tribunaux au point de vue des parents comme un principe distinct de « grand respect », la façon dont les tâches ont été partagées justifie parfois que le fardeau de preuve repose sur un parent. En effet,

all cases, however, the inquiry remains an individual one. The judge must consider the best interests of the particular child in the particular circumstances of the case. Other considerations may demonstrate that relocation is in the child's best interests, even if the parties have historically co-parented.

(ii) The Reasons for Relocation

[124] The second refinement to the *Gordon* framework concerns the moving parent's reasons for relocating. Here, the father and the Court of Appeal took issue with the weight the trial judge ascribed to the mother's reasons for relocation, the implication being that this consideration detracted from his focus on the child's best interests.

[125] In *Gordon*, McLachlin J. cautioned that courts should avoid “descend[ing] into inquiries into the custodial parent's reason or motive for moving” because “[u]sually, the reasons or motives for moving will not be relevant to the custodial parent's parenting ability”: paras. 22-23. Therefore, “absent a connection to parenting ability, the custodial parent's reason for moving should not enter into the inquiry”: para. 23. To hold otherwise, McLachlin J. reasoned, would shift the focus from the best interests of the child to the conduct of the custodial parent: para. 22.

[126] In practice, courts across the country have found that the reason for the move often bears on the best interests of the child: N. Bala, “Bill C-78: The 2020 Reforms to the Parenting Provisions of Canada's *Divorce Act*” (2020), 39 *C.F.L.Q.* 45, at p. 71; Thompson (2007); E. Jollimore and R. Sladic, “Mobility — Are We There Yet?” (2008), 27 *C.F.L.Q.* 341.

[127] Recent amendments to the *Divorce Act* now instruct courts to consider the moving parent's reasons for relocation: s. 16.92(1)(a). Similarly, provinces across Canada have incorporated the moving parent's

les législateurs fédéral et provinciaux ont clarifié le droit en adoptant de plus en plus de présomptions. Toutefois, dans tous les cas, l'analyse est individuelle et le juge doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant en cause à la lumière des circonstances particulières de l'affaire. Par ailleurs, d'autres considérations peuvent démontrer que le déménagement est dans l'intérêt de l'enfant, et ce, même si, dans le passé, les parties ont partagé les tâches parentales.

(ii) Raisons du déménagement

[124] La deuxième précision apportée au cadre d'analyse de l'arrêt *Gordon* concerne les raisons pour lesquelles le parent souhaite déménager. En l'espèce, le père et la Cour d'appel ont reproché au juge de première instance le poids qu'il avait accordé aux raisons invoquées par la mère pour déménager, en laissant entendre que, ce faisant, le juge ne s'était pas suffisamment attardé à l'intérêt de l'enfant.

[125] Dans l'arrêt *Gordon*, la juge McLachlin a invité les tribunaux à ne pas transformer leur examen « en analyse des motifs qui amènent le parent gardien à déménager », parce qu'« [e]n général, les raisons qui motivent un déménagement n'auront aucun rapport avec l'aptitude du parent gardien à agir à titre de père ou de mère » : par. 22-23. Ainsi, « s'ils ne sont pas liés à l'aptitude du parent, les motifs du déménagement du parent gardien ne devraient pas entrer en ligne de compte » (par. 23); sinon, a expliqué la juge McLachlin, on mettrait l'accent non plus sur l'intérêt de l'enfant, mais sur la conduite du parent gardien (par. 22).

[126] En pratique, partout au pays, les tribunaux ont constaté que les raisons qui motivent un déménagement ont souvent une incidence sur l'intérêt de l'enfant : N. Bala, « Bill C- 78 : The 2020 Reforms to the Parenting Provisions of Canada's *Divorce Act* » (2020), 39 *C.F.L.Q.* 45, p. 71; Thompson (2007); E. Jollimore et R. Sladic, « Mobility — Are We There Yet? » (2008), 27 *C.F.L.Q.* 341.

[127] Des modifications récentes apportées à la *Loi sur le divorce* obligent désormais les tribunaux à tenir compte des raisons qui motivent le parent à déménager : al. 16.92(1)a). De même, partout au Canada,

reasons for relocation within their statutory relocation regimes: *Family Law Act*, s. 69(6)(a) (B.C.); *The Children’s Law Act, 2020*, s. 15(1)(a) (Sask.); *Children’s Law Reform Act*, s. 39.4(3)(a) (Ont.); *Family Law Act*, s. 62(1)(a) (N.B.); *Parenting and Support Act*, s. 18H(4)(b) (N.S.); *Children’s Law Act*, s. 48(1)(a) (P.E.I.).

[128] Indeed, isolating the custodial parent’s reasons for the move from the broad, individualized inquiry of the child’s best interests has frequently proven impractical. There will often be a connection between the expected benefits of the move for the child and the relocating parent’s reasons for proposing the move in the first place. Relocation for financial reasons, for instance, will clearly carry implications for a child’s material welfare. Considering the parent’s reasons for moving can be relevant, and even necessary, to assess the merits of a relocation application.

[129] That said, the court should avoid casting judgment on a parent’s reasons for moving. A moving parent need not prove the move is justified. And a lack of a compelling reason for the move, in and of itself, should not count against a parent, unless it reflects adversely on a parent’s ability to meet the needs of the child: *Ligate v. Richardson* (1997), 34 O.R. (3d) 423 (C.A.), at p. 434.

[130] Ultimately, the moving parent’s reasons for relocating must not deflect from the focus of relocation applications — they must be considered only to the extent they are relevant to the best interests of the child.

(iii) The “Maximum Contact Principle” or “Parenting Time Consistent With the Best Interests of the Child”

[131] *Gordon* requires courts to consider “the desirability of maximizing contact between the child and both parents”: para. 49. This consideration has been

les régimes relatifs au déménagement prévus par les lois provinciales considèrent maintenant les raisons invoquées par le parent qui déménage : *Family Law Act*, al. 69(6)(a) (C.-B.); *Loi de 2020 sur le droit de l’enfance*, al. 15(1)a (Sask.); *Loi portant réforme du droit de l’enfance*, al. 39.4(3)a (Ont.); *Loi sur le droit de la famille*, al. 62(1)a (N.-B.); *Parenting and Support Act*, al. 18H(4)(b) (N.-É.); *Children’s Law Act*, al. 48(1)(a) (Î.-P.-É.).

[128] En effet, on a souvent constaté qu’il était impossible de dissocier les raisons invoquées par le parent gardien pour déménager de l’examen global et individualisé de l’intérêt de l’enfant. Il y a souvent un lien entre les avantages que le déménagement est censé apporter à l’enfant et les raisons qui motivent le parent à proposer le déménagement. Par exemple, un déménagement motivé par des raisons financières aura de toute évidence des incidences sur le bien-être matériel de l’enfant. L’examen des raisons du parent qui déménage peut être pertinent, voire nécessaire, pour évaluer le bien-fondé de sa demande.

[129] Cela dit, le tribunal doit éviter de porter un jugement sur les raisons qui motivent un parent à déménager. Ce dernier n’a pas à prouver que son déménagement est justifié. Et le fait qu’il n’existe pas de raison impérieuse pour le justifier ne devrait pas, en soi, jouer contre le parent, à moins que cela nuise à sa capacité à répondre aux besoins de l’enfant : *Ligate c. Richardson* (1997), 34 O.R. (3d) 423 (C.A.), p. 434.

[130] En fin de compte, les raisons qui motivent le parent à déménager ne devraient pas détourner l’attention de ce sur quoi est censé porter l’examen de la demande relative au déménagement. Ces raisons ne devraient entrer en ligne de compte que dans la mesure où elles sont pertinentes pour déterminer l’intérêt de l’enfant.

(iii) Le « principe du contact maximum » ou le « temps parental compatible avec l’intérêt de l’enfant »

[131] L’arrêt *Gordon* oblige les tribunaux à tenir compte de « l’avantage de maximiser les contacts entre l’enfant et les deux parents » : par. 49. C’est ce

referred to as the “maximum contact principle”: see *Gordon*, at para. 24; see also *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 53, per L’Heureux-Dubé J., and p. 118, per McLachlin J. (as she then was). In this case, the father contends that the trial judge neglected this consideration.

[132] Concerns about parenting time with the child will inevitably be engaged in relocation cases: the crux of the dispute is whether it is in the child’s best interests to move notwithstanding the impact on their relationship with the other parent. In other words, this concern is folded into the central inquiry before the court.

[133] What is known as the maximum contact principle has traditionally emphasized that children shall have as much contact with each parent as is consistent with their best interests. A corollary to this is sometimes referred to as the “friendly parent rule”, which instructs courts to consider the willingness of a parent to foster and support the child’s relationship with the other parent, where appropriate: see *Young*, at p. 44. Both of these considerations have long been recognized by the *Divorce Act*: see *Divorce Act*, pre-amendments, ss. 16(10) and 17(9); and *Divorce Act*, post-amendments, ss. 16(6) and 16(3)(c).

[134] Although *Gordon* placed emphasis on the “maximum contact principle”, it was clear that the best interests of the child are the sole consideration in relocation cases, and “if other factors show that it would not be in the child’s best interests, the court can and should restrict contact”: *Gordon*, at para. 24; see also para. 49. But in the years since *Gordon*, some courts have interpreted what is known as the “maximum contact principle” as effectively creating a presumption in favour of shared parenting arrangements, equal parenting time, or regular access: *Folahan v. Folahan*, 2013 ONSC 2966, at para. 14 (CanLII); *Slade v. Slade*, 2002 YKSC 40, at para. 10 (CanLII); see also F. Kelly, “Enforcing a Parent/Child Relationship At All Cost? Supervised Access Orders in the Canadian Courts” (2011), 49 *Osgoode Hall L.J.* 277, at pp. 278 and 296-98. Indeed, the

qu’on appelle le « principe du contact maximum » : voir *Gordon*, par. 24; voir aussi *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 53, la juge L’Heureux-Dubé, et p. 118, la juge McLachlin (plus tard juge en chef). En l’espèce, le père affirme que le juge de première instance a négligé ce facteur.

[132] Le temps parental avec un enfant est une question qui se pose inmanquablement dans les affaires relatives à un déménagement : le nœud du litige consiste à déterminer s’il est dans l’intérêt de l’enfant de déménager avec un parent, malgré les répercussions qu’aura le déménagement sur sa relation avec l’autre parent. En d’autres termes, ce facteur fait partie intégrante de l’analyse à laquelle procède le tribunal.

[133] Ce qu’on appelle le principe du contact maximum a traditionnellement mis l’accent sur l’importance pour l’enfant d’avoir autant de contacts avec chaque parent que compatible avec son intérêt. Un corollaire de ce principe est ce qu’on appelle parfois la règle du « parent animé de bonnes intentions » selon laquelle le tribunal doit tenir compte du fait que le parent est disposé à maximiser la communication entre l’enfant et l’autre parent : voir *Young*, p. 44. La *Loi sur le divorce* reconnaît depuis longtemps ces deux facteurs : voir la *Loi sur le divorce*, avant les modifications, par. 16(10) et 17(9); et la *Loi sur le divorce*, après les modifications, par. 16(6) et al. 16(3)(c).

[134] Même si l’arrêt *Gordon* insistait sur le « principe du contact maximum », il est évident que l’intérêt de l’enfant est le seul facteur dont on tient compte pour l’examen des affaires de déménagement et, « si d’autres éléments révèlent que l’application du principe ne serait pas dans l’intérêt de l’enfant, le tribunal peut et doit limiter le contact » : *Gordon*, par. 24; voir aussi par. 49. Or, depuis que l’arrêt *Gordon* a été rendu, certains tribunaux ont interprété ce qu’on appelle le « principe du contact maximum » comme créant une présomption favorable aux arrangements de garde partagée, au temps parental égal ou à un accès régulier : *Folahan c. Folahan*, 2013 ONSC 2966, par. 14 (CanLII); *Slade c. Slade*, 2002 YKSC 40, par. 10 (CanLII); voir aussi F. Kelly, « Enforcing a Parent/Child Relationship At All Cost? Supervised Access Orders in the Canadian Courts » (2011), 49

term “maximum contact principle” seems to imply that as much contact with both parents as possible will necessarily be in the best interests of the child.

[135] These interpretations overreach. It is worth repeating that what is known as the maximum contact principle is *only* significant to the extent that it is in the child’s best interests; it must not be used to detract from this inquiry. It is notable that the amended *Divorce Act* recasts the “maximum contact principle” as “[p]arenting time consistent with best interests of child”: s. 16(6). This shift in language is more neutral and affirms the child-centric nature of the inquiry. Indeed, going forward, the “maximum contact principle” is better referred to as the “parenting time factor”.

(iv) A Parent’s Testimony About Whether They Will Relocate Regardless of the Outcome of the Relocation Application

[136] *Gordon* is silent as to whether, and how, a trier of fact may consider how the outcome of an application would affect the parties’ relocation plans. In this case, the mother indicated that she would return to Kelowna if her application was refused, while the father indicated he would not move to the Bulkley Valley if her application was granted.

[137] In the years since *Gordon*, many courts have recognized the danger that such evidence will place parties in a “double bind”. As Paperny J.A. explained in *Spencer v. Spencer*, 2005 ABCA 262, 257 D.L.R. (4th) 115, at para. 18:

In conducting this inquiry, it is problematic to rely on representations by the custodial parent that he or she will not move without the children should the application to relocate be denied. The effect of such an inquiry places the parent seeking to relocate in a classic double bind. If the answer is that the parent is not willing to remain behind with the children, he or she raises the prospect of being regarded as self interested and discounting the children’s best interests in favour of his or her own. On the

Osgoode Hall L.J. 277, p. 278 et 296-298. D’ailleurs, l’expression « principe du contact maximum » semble supposer que la maximisation des contacts de l’enfant avec ses deux parents est nécessairement dans son intérêt.

[135] Ces interprétations vont trop loin. Il vaut la peine de répéter que ce qu’on appelle le principe du contact maximum n’importe *que dans la mesure où* ce contact est dans l’intérêt de l’enfant; il ne doit pas être utilisé pour détourner l’objet de cette analyse. D’ailleurs, la *Loi sur le divorce* modifiée a reformulé le « principe du contact maximum » et parle désormais de « [t]emps parental compatible avec l’intérêt de l’enfant » : par. 16(6). Cette nouvelle formulation est plus neutre et confirme que l’analyse est centrée sur l’enfant. En réalité, à l’avenir, il serait préférable de parler du « facteur du temps parental ».

(iv) Témoignage du parent sur son intention de déménager ou non, quelle que soit l’issue de la demande relative au déménagement

[136] L’arrêt *Gordon* est muet sur la question de savoir si et comment le juge des faits peut tenir compte de l’incidence de l’issue de la demande sur les projets de déménagement des parties. En l’espèce, la mère a indiqué qu’elle retournerait à Kelowna si sa demande était refusée, tandis que le père a affirmé qu’il refuserait de déménager dans la vallée de Bulkley si la demande de la mère était accueillie.

[137] Au fil des ans, depuis que l’arrêt *Gordon* a été rendu, de nombreux tribunaux ont reconnu que ce genre d’affirmations risque de placer les parties dans une « impasse ». Comme la juge Paperny l’a expliqué dans l’arrêt *Spencer c. Spencer*, 2005 ABCA 262, 257 D.L.R. (4th) 115, par. 18 :

[TRADUCTION] Pour effectuer cette analyse, il est problématique de se fier aux déclarations du parent gardien selon lesquelles il ne déménagera pas sans les enfants si sa demande relative au déménagement est rejetée. Une telle analyse a pour effet de placer le parent qui cherche à déménager dans une situation d’impasse classique. S’il répond qu’il n’est pas prêt à rester avec les enfants, il risque de passer pour quelqu’un d’égoïste et qui néglige l’intérêt des enfants au profit du sien. Par ailleurs,

other hand, advising the court that the parent is prepared to forgo the requested move if unsuccessful, undermines the submissions in favour of relocation by suggesting that such a move is not critical to the parent's well-being or to that of the children. If a judge mistakenly relies on a parent's willingness to stay behind "for the sake of the children," the status quo becomes an attractive option for a judge to favour because it avoids the difficult decision the application presents.

[138] I agree. Considering a parent's willingness to move with or without the child can give rise to a double bind: a parent can either appear to be putting their own interests ahead of their child, or they risk undermining the strength of their relocation application (see *D.P. v. R.B.*, 2009 PECA 12, 285 Nfld. & P.E.I.R. 61, at para. 32; Jollimore and Sladic, at pp. 373-74).

[139] This risk has led appellate courts in many provinces to discourage trial judges from relying on a parent's representations about whether they will move without the children: see *Hopkins v. Hopkins*, 2011 ABCA 372, at para. 6 (CanLII); *Hejzlar*, at paras. 24-27; *D.P.*, at para. 32; *N.T. v. W.P.*, 2011 NLCA 47, 309 Nfld. & P.E.I.R. 350, at para. 9; *Morrill v. Morrill*, 2016 MBCA 66, 330 Man. R. (2d) 165, at para. 12.

[140] The same approach is now reflected in the *Divorce Act*: s. 16.92(2) precludes the court from considering whether the moving parent would relocate with or without the children. I would add that a responding parent could just as easily fall victim to the problematic inferences associated with the double bind: see *Joseph v. Washington*, 2021 BCSC 2014, at paras. 101-11 (CanLII). Therefore, in all cases, the court should not consider how the outcome of an application would affect the parties' relocation plans.

(v) Family Violence as a Relevant Factor

[141] In this case, the acrimonious relationship between the parties — featuring abusive conduct during the marriage, at separation, and at trial — was a significant factor in the trial judge's relocation

si le parent informe le tribunal qu'il est prêt à renoncer au déménagement advenant que sa demande soit rejetée, son propos affaiblit les arguments favorables au déménagement en suggérant que celui-ci n'est pas essentiel à son bien-être ou à celui des enfants. Si un juge se fie à tort à la volonté d'un parent de renoncer à déménager « pour le bien des enfants », le statu quo devient une option attrayante pour le juge parce qu'il lui évite de prendre la décision difficile nécessaire pour trancher la demande.

[138] Je suis du même avis. Tenir compte de la volonté du parent de déménager avec ou sans l'enfant risque de placer les parties dans une impasse : un parent peut soit sembler faire passer ses propres intérêts avant ceux de son enfant, soit risquer de fragiliser sa demande relative au déménagement (voir *D.P. c. R.B.*, 2009 PECA 12, 285 Nfld. & P.E.I.R. 61, par. 32; Jollimore et Sladic, p. 373-374).

[139] Ce risque a amené les juridictions d'appel de nombreuses provinces à dissuader les juges de première instance de se fier aux déclarations d'un parent quant à son intention de déménager avec ou sans les enfants : voir *Hopkins c. Hopkins*, 2011 ABCA 372, par. 6 (CanLII); *Hejzlar*, par. 24-27; *D.P.*, par. 32; *N.T. c. W.P.*, 2011 NLCA 47, 309 Nfld. & P.E.I.R. 350, par. 9; *Morrill c. Morrill*, 2016 MBCA 66, 330 Man. R. (2d) 165, par. 12.

[140] La *Loi sur le divorce* reflète désormais cette approche. En effet, le par. 16.92(2) prescrit que le tribunal ne doit pas tenir compte de la question de savoir si le parent qui souhaite déménager déménagerait avec ou sans les enfants. J'ajouterais que le parent défendeur pourrait tout aussi facilement être victime des déductions problématiques associées à l'impasse évoquée précédemment : voir *Joseph c. Washington*, 2021 BCSC 2014, par. 101-111 (CanLII). Dans tous les cas, le tribunal ne doit donc pas tenir compte de l'incidence que l'issue de la demande risque d'avoir sur les projets de déménagement des parties.

(v) La violence familiale comme facteur pertinent

[141] En l'espèce, la relation acrimonieuse entre les parties — qui a donné lieu à une conduite abusive durant le mariage, la séparation et le procès — a constitué un facteur important dans l'analyse du

analysis. On appeal, the father argues that such “friction” is “not unusual for separating couples”: R.F., at para. 35.

[142] Since *Gordon*, courts have increasingly recognized that any family violence or abuse may affect a child’s welfare and should be considered in relocation decisions: see *Prokopchuk v. Borowski*, 2010 ONSC 3833, 88 R.F.L. (6th) 140; *Lawless v. Lawless*, 2003 ABQB 800, at para. 12 (CanLII); *Cameron v. Cameron*, 2003 MBQB 149, 41 R.F.L. (5th) 30; *Abbott-Ewen v. Ewen*, 2010 ONSC 2121, 86 R.F.L. (6th) 428; *N.D.L. v. M.S.L.*, 2010 NSSC 68, 289 N.S.R. (2d) 8, at paras. 22-23 and 35; *E.S.M. v. J.B.B.*, 2012 NSCA 80, 319 N.S.R. (2d) 232, at paras. 55-57. Courts have been significantly more likely to allow relocation applications where there was a finding of abuse: Department of Justice, *A Study of Post-Separation/Divorce Parental Relocation* (2014), at ch. 3.3.4.

[143] The suggestion that domestic abuse or family violence has no impact on the children and has nothing to do with the perpetrator’s parenting ability is untenable. Research indicates that children who are exposed to family violence are at risk of emotional and behavioural problems throughout their lives: Department of Justice, *Risk Factors for Children in Situations of Family Violence in the Context of Separation and Divorce* (February 2014), at p. 12. Harm can result from direct or indirect exposure to domestic conflicts, for example, by observing the incident, experiencing its aftermath, or hearing about it: S. Artz et al., “A Comprehensive Review of the Literature on the Impact of Exposure to Intimate Partner Violence for Children and Youth” (2014), 5 *I.J.C.Y.F.S.* 493, at p. 497.

[144] Domestic violence allegations are notoriously difficult to prove: P. G. Jaffe, C. V. Crooks and N. Bala, “A Framework for Addressing Allegations of Domestic Violence in Child Custody Disputes” (2009), 6 *J. Child Custody* 169, at p. 175; A. M. Bailey, “Prioritizing Child Safety as the Prime Best-Interest

déménagement par le juge de première instance. En appel, le père plaide que de telles [TRADUCTION] « frictions » ne sont « pas rares pour les couples qui se séparent » : m.i., par. 35.

[142] Depuis que l’arrêt *Gordon* a été rendu, les tribunaux reconnaissent de plus en plus que toute violence ou tout abus au sein d’une famille peut avoir une incidence sur le bien-être d’un enfant et devraient être pris en considération dans les décisions qui concernent un déménagement : voir *Prokopchuk c. Borowski*, 2010 ONSC 3833, 88 R.F.L. (6th) 140; *Lawless c. Lawless*, 2003 ABQB 800, par. 12 (CanLII); *Cameron c. Cameron*, 2003 MBQB 149, 41 R.F.L. (5th) 30; *Abbott-Ewen c. Ewen*, 2010 ONSC 2121, 86 R.F.L. (6th) 428; *N.D.L. c. M.S.L.*, 2010 NSSC 68, 289 N.S.R. (2d) 8, par. 22-23 et 35; *E.S.M. c. J.B.B.*, 2012 NSCA 80, 319 N.S.R. (2d) 232, par. 55-57. Les tribunaux ont été beaucoup plus enclins à accueillir les demandes relatives à un déménagement lorsqu’ils ont conclu à une situation abusive : Ministère de la Justice, *Étude sur le déménagement des parents après le divorce ou la séparation* (2014), c. 3.3.4.

[143] La suggestion selon laquelle les abus et la violence familiale n’ont pas d’incidence sur les enfants et n’ont rien à voir avec la capacité parentale de celui qui en est l’auteur est intenable. La recherche indique que les enfants exposés à la violence familiale sont à risque de souffrir de problèmes émotionnels et de comportement durant toute leur vie : Ministère de la Justice, *Les facteurs de risque pour les enfants exposés à la violence familiale dans le contexte de la séparation ou du divorce* (février 2014), p. 12. Le préjudice peut résulter de l’exposition directe ou indirecte à des conflits familiaux, par exemple, en étant témoin de l’incident, en en subissant les conséquences, ou en en entendant parler : S. Artz et autres, « A Comprehensive Review of the Literature on the Impact of Exposure to Intimate Partner Violence for Children and Youth » (2014), 5 *I.J.C.Y.F.S.* 493, p. 497.

[144] Il est notoire que les allégations de violence familiale sont difficiles à prouver : P. G. Jaffe, C. V. Crooks et N. Bala, « A Framework for Addressing Allegations of Domestic Violence in Child Custody Disputes » (2009), 6 *J. Child Custody* 169, p. 175; A. M. Bailey, « Prioritizing Child Safety as the Prime

Factor” (2013), 47 *Fam. L.Q.* 35, at pp. 44-45. As the interveners West Coast LEAF Association and Rise Women’s Legal Centre point out, family violence often takes place behind closed doors and may lack corroborating evidence: see S. B. Boyd and R. Lindy, “Violence Against Women and the B.C. *Family Law Act*: Early Jurisprudence” (2016), 35 *C.F.L.Q.* 101, at p. 115. Thus, proof of even one incident may raise safety concerns for the victim or may overlap with and enhance the significance of other factors, such as the need for limited contact or support.

[145] The prospect that such findings could be unnecessarily relitigated on appeal will only deter abuse survivors from coming forward. And as it stands, the evidence shows that most family violence goes unreported: L. C. Neilson, *Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection Cases* (2nd ed. 2020), 2017 CanLIIDocs 2 (online), at ch. 4.5.2.

[146] The recent amendments to the *Divorce Act* recognize that findings of family violence are a critical consideration in the best interests analysis: s. 16(3)(j) and (4). The *Divorce Act* broadly defines family violence in s. 2(1) to include any violent or threatening conduct, ranging from physical abuse to psychological and financial abuse. Courts must consider family violence and its impact on the ability and willingness of any person who engaged in the family violence to care for and meet the needs of the child.

[147] Because family violence may be a reason for the relocation and given the grave implications that any form of family violence poses for the positive development of children, this is an important factor in mobility cases.

Best-Interest Factor » (2013), 47 *Fam. L.Q.* 35, p. 44-45. Comme le soulignent les intervenants la West Coast LEAF Association et le Rise Women’s Legal Centre, la violence familiale survient souvent derrière des portes closes et peut ne pas se prêter à l’existence de preuve corroborante : voir S. B. Boyd et R. Lindy, « Violence Against Women and the B.C. *Family Law Act* : Early Jurisprudence » (2016), 35 *C.F.L.Q.* 101, p. 115. Ainsi, la preuve, même d’un seul incident, peut soulever des préoccupations en matière de sécurité pour la victime, ou elle peut chevaucher ou accroître l’importance d’autres facteurs, comme la nécessité de limiter les contacts ou de garantir que la victime aura accès à du soutien.

[145] La perspective que de telles conclusions puissent être inutilement remises en cause en appel ne fait que dissuader les survivants d’abus de se manifester. D’ailleurs, dans l’état actuel des choses, les preuves montrent que la plupart des violences familiales ne sont pas signalées : L. C. Neilson, *Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection Cases* (2^e éd. 2020), 2017 CanLIIDocs 2 (en ligne), c. 4.5.2.

[146] Les modifications récentes à la *Loi sur le divorce* reconnaissent que les conclusions de violence familiale sont des considérations cruciales dans l’analyse de l’intérêt de l’enfant : al. 16(3)(j) et par. 16(4). La *Loi sur le divorce* définit la violence familiale dans les grandes lignes au par. 2(1) en énonçant qu’il s’agit de toute conduite violente ou menaçante, allant de l’abus physique aux mauvais traitements psychologiques et à l’exploitation financière. Les tribunaux doivent tenir compte de la violence familiale et de ses effets sur la capacité et la volonté de toute personne auteure de violence familiale de prendre soin de l’enfant et de satisfaire à ses besoins.

[147] Comme la violence familiale peut motiver un déménagement, et compte tenu des répercussions sérieuses de toute forme de violence familiale pour le développement positif des enfants, il s’agit d’un facteur important dans les causes relatives à un déménagement.

(c) *Summary of the Framework for Determining Whether Relocation Is in the Best Interests of the Child*

[148] More than two decades ago, this Court set out a framework for relocation applications in *Gordon*: paras. 49-50. It applies to relocation issues that arise at first instance and in the context of applications to vary existing parenting orders.

[149] Since then, our jurisprudence has refined the *Gordon* framework, and, subject to two notable exceptions, the *Divorce Act* has largely codified it. Where the *Divorce Act* departs from *Gordon*, the changes reflect the collective judicial experience of applying the *Gordon* factors. While *Gordon* rejected a legal presumption in favour of either party, the *Divorce Act* now contains a burden of proof where there is a pre-existing parenting order, award or agreement: s. 16.93. And although *Gordon* restricted whether courts could consider a moving party's reasons for relocating, this is now an express consideration in the best-interests-of-the-child analysis: s. 16.92(1)(a).

[150] The new *Divorce Act* amendments also respond to issues identified in the case law over the past few decades, which did not arise in *Gordon*. Section 16.92(2) now provides that trial judges shall not consider a parent's testimony that they would move with or without the child. Furthermore, ss. 16(3)(j) and 16(4) of the *Divorce Act* now instruct courts to consider any form of family violence and its impact on the perpetrator's ability to care for the child.

[151] In light of the jurisprudential and legislative refinements, the common law relocation framework can be restated as follows.

c) *Résumé du cadre d'analyse pour déterminer si un déménagement est dans l'intérêt de l'enfant*

[148] Il y a plus de deux décennies, dans l'arrêt *Gordon*, la Cour a énoncé un cadre d'analyse pour traiter les demandes relatives à un déménagement : par. 49-50. Ce cadre s'applique aux questions soulevées à cet égard tant en première instance que dans le contexte de demandes en modification des ordonnances parentales existantes.

[149] Depuis, notre jurisprudence a précisé ce cadre et, sous réserve de deux exceptions notables, la *Loi sur le divorce* l'a en grande partie codifié. Là où la *Loi sur le divorce* diffère de l'arrêt *Gordon*, les changements reflètent l'expérience judiciaire collective découlant de l'application des facteurs énoncés dans cet arrêt. D'abord, bien que l'arrêt *Gordon* ait rejeté l'adoption d'une présomption juridique favorable à l'une ou l'autre des parties, la *Loi sur le divorce* prévoit désormais un fardeau de preuve lorsqu'il existe déjà une ordonnance, une décision arbitrale ou une entente quant aux droits parentaux : art. 16.93. Ensuite, même si l'arrêt *Gordon* a restreint la capacité des tribunaux d'examiner les raisons pour lesquelles un parent souhaite déménager, il s'agit maintenant d'une considération expressément prévue dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant : al. 16.92(1)a).

[150] Les nouvelles modifications apportées à la *Loi sur le divorce* répondent également aux questions cernées dans la jurisprudence durant les dernières décennies, et qui ne se posaient pas dans l'affaire *Gordon*. Ainsi, le par. 16.92(2) prévoit désormais que le juge de première instance ne doit pas tenir compte du témoignage d'un parent selon lequel il déménagerait avec ou sans l'enfant. De plus, selon l'al. 16(3)j) et le par. 16(4) de la *Loi sur le divorce*, les tribunaux doivent maintenant tenir compte de la présence de violence familiale et de ses effets sur la capacité de son auteur à prendre soin de l'enfant.

[151] À la lumière des précisions jurisprudencielles et législatives, le cadre d'analyse applicable au déménagement peut être reformulé de la façon suivante.

[152] The crucial question is whether relocation is in the best interests of the child, having regard to the child's physical, emotional and psychological safety, security and well-being. This inquiry is highly fact-specific and discretionary.

[153] Our jurisprudence and statutes provide a rich foundation for such an inquiry: see, for example, s. 16 of the *Divorce Act*. A court shall consider all factors related to the circumstances of the child, which may include the child's views and preferences, the history of caregiving, any incidents of family violence, or a child's cultural, linguistic, religious and spiritual upbringing and heritage. A court shall also consider each parent's willingness to support the development and maintenance of the child's relationship with the other parent, and shall give effect to the principle that a child should have as much time with each parent, as is consistent with the best interests of the child. These examples are illustrative, not exhaustive. While some of these factors were specifically noted under *Gordon*, they have broad application to the best interests of the child.

[154] However, traditional considerations bearing on the best interests of the child must be considered in the context of the unique challenges posed by relocation cases. In addition to the factors that a court will generally consider when determining the best interests of the child and any applicable notice requirements, a court should also consider:

- the reasons for the relocation;
- the impact of the relocation on the child;
- the amount of time spent with the child by each person who has parenting time or a pending application for a parenting order and the level of involvement in the child's life of each of those persons;
- the existence of an order, arbitral award, or agreement that specifies the geographic area in which the child is to reside;

[152] La question cruciale est celle de savoir si le déménagement est dans l'intérêt de l'enfant, eu égard à sa sûreté, à sa sécurité et à son bien-être physiques, émotionnels et psychologiques. L'examen de ces questions est éminemment factuel et discrétionnaire.

[153] Notre jurisprudence et nos lois fournissent des bases solides pour procéder à un tel examen : voir, par exemple, l'art. 16 de la *Loi sur le divorce*. Le tribunal doit tenir compte de tous les facteurs liés à la situation de l'enfant, qui peuvent inclure, notamment, son point de vue et ses préférences, l'historique des soins qui lui ont été apportés, tout incident de violence familiale, ou encore son éducation et son patrimoine culturels, linguistiques, religieux et spirituels. Le tribunal doit aussi tenir compte de la volonté de chaque parent de favoriser le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre parent, et il doit donner effet au principe selon lequel l'enfant devrait passer avec chaque parent autant de temps que compatible avec son intérêt. Ces exemples ne sont que des illustrations et ne constituent pas une énumération exhaustive des facteurs à prendre en compte. S'il est vrai que certains de ces facteurs ont été spécifiquement soulignés dans l'arrêt *Gordon*, ils s'appliquent néanmoins de façon générale à toute détermination de l'intérêt de l'enfant.

[154] Cependant, les considérations traditionnelles servant à juger de l'intérêt de l'enfant doivent être prises en compte dans le contexte des défis uniques que posent les causes relatives à un déménagement. En effet, en plus des facteurs qu'un tribunal examine généralement lorsqu'il détermine l'intérêt de l'enfant et de toutes exigences applicables en matière d'avis, un tribunal doit examiner :

- les raisons du déménagement;
- l'incidence du déménagement sur l'enfant;
- le temps que passe avec l'enfant chaque personne ayant du temps parental ou dont une demande d'ordonnance parentale est en cours et le degré d'engagement dans la vie de l'enfant de chacune de ces personnes;
- l'existence d'une ordonnance, d'une décision arbitrale ou d'une entente qui précise le secteur géographique dans lequel l'enfant doit résider;

- the reasonableness of the proposal of the person who intends to relocate the child to vary the exercise of parenting time, decision making responsibility or contact, taking into consideration, among other things, the location of the new place of residence and the travel expenses; and
- whether each person who has parenting time or decision-making responsibility or a pending application for a parenting order has complied with their obligations under family law legislation, an order, arbitral award, or agreement, and the likelihood of future compliance.

The court should not consider how the outcome of an application would affect either party's relocation plans — for example, whether the person who intends to move with the child would relocate without the child or not relocate. These factors are drawn from s. 16.92(1) and (2) of the *Divorce Act* and largely reflect the evolution of the common law for over 25 years.

[155] As I have explained, several pillars underlying the Court's reasoning in *Gordon* have shifted over time, leading courts and now legislatures to refine, modify, and supplement the *Gordon* factors. These refinements leave us with a clear framework going forward.

(4) Did the Trial Judge Err in His Relocation Analysis?

[156] The father raises four issues with the trial judge's analysis. He argues that (i) the trial judge failed to account for the historical parenting roles of the parties; (ii) the trial judge's decision was inconsistent with the parenting time factor; (iii) the mother's need for emotional support could not justify relocation in this case; and (iv) the trial judge paid undue attention to the acrimonious relationship between the parties.

- le caractère raisonnable du réaménagement du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts, proposé par la personne qui entend déménager, compte tenu notamment du nouveau lieu de résidence et des frais de déplacement;
- le fait que les personnes ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de l'enfant ou dont la demande d'ordonnance parentale est en cours ont respecté ou non les obligations qui leur incombent au titre des lois en matière familiale, d'une ordonnance, d'une décision arbitrale ou d'une entente, et la mesure dans laquelle elles sont susceptibles de les respecter à l'avenir.

Le tribunal ne tient toutefois pas compte de l'incidence qu'aurait l'issue de la demande sur les projets de l'une ou l'autre des parties de déménager — par exemple, que la personne qui entend déménager le ferait sans l'enfant ou ne le ferait pas si une ordonnance interdisait le déménagement important de l'enfant. Ces facteurs sont tirés des par. 16.92(1) et (2) de la *Loi sur le divorce* et reflètent en grande partie l'évolution du droit au cours des 25 dernières années.

[155] Je le répète, plusieurs piliers sous-jacents au raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Gordon* ont évolué avec le temps, de sorte que les tribunaux et maintenant les assemblées législatives ont été amenés à préciser, à modifier et à compléter les facteurs énumérés dans cet arrêt. Grâce à ces précisions, nous disposons désormais d'un cadre d'analyse clair.

(4) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans son analyse du déménagement?

[156] Le père soulève quatre enjeux quant à l'analyse du juge de première instance. Il plaide que (i) le juge de première instance n'a pas tenu compte des rôles parentaux assumés par les parties dans le passé; (ii) la décision du juge de première instance était incompatible avec le facteur du temps parental; (iii) le besoin de soutien émotionnel de la mère ne devrait pas justifier le déménagement en l'espèce; (iv) le juge de première instance a donné une importance induë à la relation acrimonieuse qu'entretiennent les parties.

[157] I would not accede to any of these submissions. The trial judge’s *Gordon* analysis was free from a material error, serious misapprehension of evidence, or error of law.

(a) *The Trial Judge’s Decision Considered the Historical Parenting Roles of the Parties*

[158] The father first contends the trial judge’s analysis did not reflect the parties’ shared parenting responsibilities throughout the marriage and after separation. This submission relies on the trial judge’s statement, derived from *Gordon*, that “barring an improper motive, relocation must be approached from the perspective of respect for a parent’s decision to live and work where they choose”: para. 21. This statement, says the father, may be applicable to the views of a “custodial” parent, but it is not applicable where both parents have been fully engaged in a shared parenting arrangement.

[159] In my view, the trial judge’s reasons do not suggest that he gave more “respect” or undue weight to the mother’s desire to live and work in Telkwa. Rather, the trial judge canvassed, in detail, why staying in Kelowna with their father was not best for the children. Most notably, the trial judge was concerned about the father’s animosity towards the mother and the possibility that it could influence or otherwise impact the children: paras. 41-42. There were significant issues with the Kelowna residence, which was described as a working environment, not a living environment: para. 33. And the children and the mother would benefit from family support in Telkwa, including from her parents and siblings: para. 44.

[160] Nevertheless, the Court of Appeal concluded that the trial judge erred by failing to consider Kelowna as a viable option, especially because the mother testified that she was willing to move to Kelowna should the application be denied. The mother’s evidence on

[157] Je suis d’avis de ne faire droit à aucun de ces arguments. L’analyse fondée sur l’arrêt *Gordon* menée par le juge de première instance était exempte d’erreur importante, d’erreur grave d’appréciation de la preuve ou d’erreur de droit.

a) *La décision du juge de première instance a tenu compte des rôles parentaux assumés par les parties dans le passé*

[158] Le père soutient d’abord que l’analyse du juge de première instance n’a pas tenu compte du partage des responsabilités parentales par les parties durant tout le mariage et après la séparation. Cet argument se fonde sur la déclaration du juge de première instance, inspirée de l’arrêt *Gordon*, selon laquelle [TRADUCTION] « à moins d’un motif inapproprié, il faut examiner l’à-propos d’un déménagement avec respect pour la décision d’un parent de vivre et de travailler là où il choisit de le faire » : par. 21. Selon le père, cette affirmation pourrait s’appliquer au point de vue du parent « gardien », mais elle ne s’applique pas lorsque les deux parents ont pleinement participé à la garde et aux soins des enfants dans le cadre d’un arrangement de garde partagée.

[159] Selon moi, les motifs du juge de première instance ne donnent pas à penser qu’il a davantage « respecté » le souhait de la mère de vivre et de travailler à Telkwa ou qu’il y a donné un poids indu. Il a plutôt examiné en détail pourquoi il n’était pas dans l’intérêt des enfants de demeurer à Kelowna avec leur père. Plus particulièrement, le juge de première instance était inquiet de l’animosité du père envers la mère et de la possibilité que cette animosité influence les enfants ou ait autrement une incidence sur eux : par. 41-42. La résidence de Kelowna, décrite comme un lieu de travail, et non un lieu de vie, posait de sérieux problèmes : par. 33. De plus, à Telkwa, tant les enfants que la mère pourraient tirer avantage d’un soutien familial, notamment des parents et de la fratrie de cette dernière : par. 44.

[160] Quoi qu’il en soit, la Cour d’appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en ne considérant pas Kelowna comme une option viable, surtout parce que la mère a affirmé durant son témoignage qu’elle était disposée à y déménager

this point, however, could not be determinative. The trial judge understood the risk posed by the double bind.

[161] The Court of Appeal also took issue with the trial judge’s failure to consider whether the children should stay with their father in Kelowna since he also concluded that either “parent was, in concept, able to care for the children”: C.A. reasons, at para. 86. However, the trial judge expressed serious reservations about whether the father would foster a positive relationship between the children and their mother: para. 42. The trial judge was right to take this into consideration when determining the options before him.

[162] The trial judge’s reasoning on these points disclosed no reviewable error. It was owed deference on appeal.

(b) *The Trial Judge Considered Parenting Time Consistent With the Best Interests of the Child*

[163] The father submits the trial judge failed to give due weight to the parenting time factor. The Court of Appeal took a similar position, concluding that “[p]ermitting the relocation was inconsistent with the object of maximizing contact between the children and both their parents. Indeed the relocation was likely to permanently and profoundly alter the relationship of the children with their father”: para. 87. I have two concerns with this line of reasoning.

[164] First, the question before the trial judge was not how to best promote the parenting time factor; it was how to best promote the best interests of the children. These considerations are not synonymous. Nor are they necessarily mutually reinforcing. Courts should only give effect to the parenting time factor *to the extent* that it is in the best interests of the child.

[165] Second, the trial judge did not fail to consider that children should have as much contact with each

si la demande était rejetée. Or, le témoignage de la mère à cet égard ne pouvait être déterminant. Le juge de première instance comprenait le risque posé par l’impasse dont j’ai traité précédemment.

[161] Puisque le juge de première instance avait aussi conclu que chaque [TRADUCTION] « parent était, en principe, capable de prendre soin des enfants » (motifs de la C.A., par. 86), la Cour d’appel a également critiqué le fait qu’il ne s’est pas demandé si les enfants devaient demeurer avec leur père à Kelowna. Or, le juge de première instance a exprimé de sérieux doutes quant à la volonté du père de favoriser une relation harmonieuse entre les enfants et leur mère : par. 42. Le juge a eu raison de tenir compte de cet élément pour décider des options dont il disposait.

[162] Le raisonnement du juge de première instance sur ces éléments ne contenait aucune erreur susceptible de révision. Il commandait la déférence en appel.

b) *Le juge de première instance a tenu compte du temps parental compatible avec l’intérêt des enfants*

[163] Le père plaide que le juge de première instance n’a pas accordé suffisamment de poids au facteur du temps parental. La Cour d’appel a adopté une position similaire, concluant que [TRADUCTION] « [l]e fait de permettre le déménagement était incompatible avec l’objectif de maximiser le contact entre les enfants et leurs deux parents. En effet, le déménagement était susceptible de modifier pour toujours et profondément la relation des enfants avec leur père » : par. 87. Ce raisonnement me préoccupe à deux égards.

[164] Premièrement, la question dont le juge était saisi n’était pas celle de savoir comment favoriser au mieux le facteur du temps parental, mais bien de savoir comment favoriser au mieux l’intérêt des enfants. Ces considérations ne sont pas synonymes. Elles ne se renforcent pas non plus nécessairement l’une l’autre. Le tribunal ne doit donner effet au facteur du temps parental *que dans la mesure* où celui-ci est dans l’intérêt de l’enfant.

[165] Deuxièmement, le juge de première instance n’a pas omis de tenir compte du fait que les

parent as is consistent with their best interests. He considered that “the children would suffer a very significant loss in being deprived of frequent care from and contact with their father” and “[t]here would also be some detriment to the children in removing them from the community they have lived in and the friends they have made”: para. 50. He was clearly alive to the risk of reducing contact with the father.

[166] The trial judge also did not fail to consider the corollary of the parenting time factor: whether either parent would be willing to facilitate contact and help foster a positive relationship between the children and the other parent. Again, the trial judge concluded that the father harboured animus towards the mother, and that she was more likely to build a positive relationship between the children and him than the converse.

[167] On the whole, the trial judge found that relocation would best promote the children’s welfare, notwithstanding the impact on the relationship between the children and their father. This was a determination the trial judge was entitled to make, and it was owed deference on appeal.

(c) *The Mother’s Need for Emotional Support*

[168] The father submits the trial judge gave undue weight to the mother’s need for emotional support. The Court of Appeal similarly held that a parent’s need for emotional support, “even with some friction between the parties”, cannot justify relocation: para. 74.

[169] The mother’s need for emotional support was a relevant consideration in the best interests analysis. The mother followed the father to Kelowna, but her family remained in Telkwa. A move that can improve a parent’s emotional and psychological state can enrich a parent’s ability to cultivate a healthy, supportive, and positive environment for their child. Courts have frequently recognized that a child’s best interests are furthered by a well-functioning and happy parent: *Burns v. Burns*, 2000 NSCA 1, 183 D.L.R. (4th) 66, at

enfants devraient avoir, avec chaque parent, autant de contacts que compatible avec leur intérêt. Selon lui, [TRADUCTION] « les enfants subiraient [à la fois] une très lourde perte s’ils étaient privés de contacts fréquents avec leur père et si ce dernier ne pouvait prendre souvent soin d’eux » et « un certain préjudice s’ils étaient éloignés de la communauté où ils ont vécu et des amis qu’ils s’y sont faits » : par. 50. Il était clairement conscient du risque qu’impliquait une réduction des contacts avec le père.

[166] Le juge de première instance n’a pas non plus omis de tenir compte du corollaire du facteur du temps parental : soit de savoir si chaque parent est disposé à faciliter les contacts entre les enfants et l’autre parent et à contribuer à favoriser une relation harmonieuse entre eux. Encore une fois, il a conclu que le père nourrissait une animosité envers la mère et que celle-ci était plus susceptible d’établir une relation harmonieuse entre les enfants et lui que l’inverse.

[167] Dans l’ensemble, le juge de première instance a conclu que le déménagement favoriserait le mieux le bien-être des enfants, en dépit de l’incidence qu’il aurait sur leur relation avec leur père. Il pouvait tirer cette conclusion, et sa décision commandait la déférence en appel.

c) *Le besoin de soutien émotionnel de la mère*

[168] Le père plaide que le juge de première instance a donné un poids excessif au besoin de soutien émotionnel de la mère. La Cour d’appel a conclu elle aussi que le besoin de soutien émotionnel d’un parent, [TRADUCTION] « même en présence de friction entre les parties », ne peut justifier un déménagement : par. 74.

[169] Le besoin de soutien émotionnel de la mère était une considération pertinente dans l’analyse de l’intérêt des enfants. Elle avait suivi le père à Kelowna, mais sa famille vivait encore à Telkwa. Un déménagement qui peut améliorer l’état émotionnel et psychologique d’un parent peut accroître sa capacité à cultiver un environnement sain, favorable et positif pour son enfant. D’ailleurs, les tribunaux ont souvent reconnu que l’intérêt de l’enfant est favorisé par le bon fonctionnement et le bonheur du parent : *Burns c.*

pp. 81-82; *L. (S.S.) v. W. (J.W.)*, 2010 BCCA 55, 316 D.L.R. (4th) 464, at para. 33; *Bjornson*, at para. 30; *Orring v. Orring*, 2006 BCCA 523, 276 D.L.R. (4th) 211, at para. 57.

[170] It is also simplistic to suggest that emotional support for the mother was the only benefit that weighed in favour of relocation. The trial judge described, in great detail, how the continuing animosity between the parents would impact the children should they stay in Kelowna. He also noted that the move would provide the mother with the benefit of housing support, childcare, better employment, and opportunities to advance her education: paras. 1, 44 and 46-47.

[171] These considerations all have direct or indirect bearing on the best-interests-of-the-child assessment. Relocation that provides a parent with more education, employment opportunities, and economic stability can contribute to a child's wellbeing: *Larose v. Larose*, 2002 BCCA 366, 1 B.C.L.R. (4th) 262, at paras. 6 and 19; *H.S. v. C.S.*, 2006 SKCA 45, 279 Sask. R. 55, at para. 26; see also E. El Fateh, "A Presumption for the Best?" (2009), 25 *Can. J. Fam. L.* 73, at pp. 80-83.

[172] Similarly, the additional support of family and community at the new location can enhance the parent's ability to care for the children: *D.A.F. v. S.M.O.*, 2004 ABCA 261, 354 A.R. 387, at para. 17. Extended family, for example, can provide additional support to children while their parents begin to navigate the new terrain of post-separation life: *Harnett v. Clements*, 2019 NLCA 53, 30 R.F.L. (8th) 49, at paras. 22 and 42; *C.M. v. R.L.*, 2013 NSFC 29, at para. 139 (CanLII).

[173] It is often difficult to disentangle the interests of a parent from the interests of a child. Indeed, "the reality that the nurture of children is inextricably intertwined with the well-being of the nurturing parent" is far from novel: *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 845; see also *Willick*, at pp. 724-25, per L'Heureux-Dubé J. A child's welfare is often advanced in tandem with improvements in the parent's

Burns, 2000 NSCA 1, 183 D.L.R. (4th) 66, p. 81-82; *L. (S.S.) c. W. (J.W.)*, 2010 BCCA 55, 316 D.L.R. (4th) 464, par. 33; *Bjornson*, par. 30; *Orring c. Orring*, 2006 BCCA 523, 276 D.L.R. (4th) 211, par. 57.

[170] Qui plus est, il est simpliste de suggérer que le soutien émotionnel de la mère était le seul avantage qui pesait en faveur du déménagement. Le juge de première instance a décrit, de manière très détaillée, comment l'animosité persistante entre les parents affecterait les enfants s'ils devaient demeurer à Kelowna. Il a aussi noté que le déménagement permettrait à la mère d'avoir accès à du soutien à l'hébergement, à des services de garde, à un meilleur emploi, et à l'occasion de parfaire son éducation : par. 1, 44 et 46-47.

[171] Ces considérations ont toutes une incidence directe ou indirecte sur l'évaluation de l'intérêt de l'enfant. Un déménagement qui accroît les chances pour un parent de poursuivre son éducation et de décrocher un emploi ainsi que d'atteindre une meilleure stabilité financière peut contribuer au bien-être d'un enfant : *Larose c. Larose*, 2002 BCCA 366, 1 B.C.L.R. (4th) 262, par. 6 et 19; *H.S. c. C.S.*, 2006 SKCA 45, 279 Sask. R. 55, par. 26; voir aussi E. El Fateh, « A Presumption for the Best? » (2009), 25 *Rev. can. d. fam.* 73, p. 80-83.

[172] De même, le soutien additionnel de la famille et de la communauté au nouveau lieu de résidence peut accroître la capacité du parent à prendre soin des enfants : *D.A.F. c. S.M.O.*, 2004 ABCA 261, 354 A.R. 387, par. 17. La famille élargie, par exemple, peut leur offrir un soutien additionnel pendant que leurs parents commencent à apprivoiser la nouvelle réalité de leur vie après la séparation : *Harnett c. Clements*, 2019 NLCA 53, 30 R.F.L. (8th) 49, par. 22 et 42; *C.M. c. R.L.*, 2013 NSFC 29, par. 139 (CanLII).

[173] Il est souvent difficile de démêler les intérêts d'un parent de ceux d'un enfant. En effet, « la réalité que les soins prodigués aux enfants sont inextricablement liés au bien-être du parent nourricier » est loin d'être nouvelle : *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, p. 845; voir aussi *Willick*, p. 724-725, la juge L'Heureux-Dubé. Le bien-être d'un enfant va souvent de pair avec l'amélioration de la situation financière,

financial, social, and emotional circumstances. The trial judge found this to be the case here.

[174] At all times, the trial judge remained focused on the child’s best interests. He only considered the mother’s needs — emotional or otherwise — to the extent that they were relevant to the children. The trial judge was clearly of the view that relocation would both directly and indirectly benefit the children, whereas “they would at least suffer indirectly to some degree if their mother remained in the Okanagan”: para. 46.

[175] Once again, his analysis on this point was free from any reviewable error.

(d) *The Parties’ Acrimonious Relationship*

[176] The father also submits the trial judge erred in placing undue emphasis on the acrimonious relationship between the parties. For the father, the “friction” was a “thing of the past” (R.F., at para. 34), it was nothing unusual for parties who are separating, and there was no evidence that it occasioned any distress for the children.

[177] I disagree. The trial judge’s factual findings were well supported by the evidence.

[178] The trial judge carefully explained why he viewed the parties’ relationship as acrimonious, both during the marriage and at the time of trial. He found that there was friction during the marriage: the mother had been subject to the father’s controlling and overbearing personality; there was “possibly some degree of emotional abuse”; she had been physically assaulted; and she was emotionally traumatized.

[179] And the father’s continued animosity towards the mother became readily apparent during the trial itself. The trial judge found his conduct at trial to be abusive: para. 41. Most notably, the father adduced a nude “selfie” of the mother in an affidavit, which the trial judge found served no purpose but to humiliate

sociale et émotionnelle du parent. Le juge de première instance a conclu qu’il en était ainsi en l’espèce.

[174] À tout moment, le juge de première instance est resté concentré sur l’intérêt des enfants. Il n’a examiné les besoins de la mère — émotionnels et autres — que dans la mesure où ils étaient pertinents pour le bien-être des enfants. Il était clairement d’avis que le déménagement serait avantageux pour les enfants, tant directement qu’indirectement, tandis qu’ils [TRADUCTION] « souffriraient, à tout le moins indirectement à un certain degré, si leur mère restait dans l’Okanagan » : par. 46.

[175] Une fois de plus, son analyse sur cette question était exempte d’erreur susceptible de révision.

d) *La relation acrimonieuse qu’entretiennent les parties*

[176] Le père plaide en outre que le juge de première instance a commis une erreur en mettant indûment l’accent sur la relation acrimonieuse entre les parties. Pour le père, la [TRADUCTION] « friction » était une « chose du passé » (m.i., par. 34), n’avait rien d’inhabituel pour des parties en instance de séparation, et rien ne prouvait qu’elle avait fait souffrir les enfants.

[177] Je ne suis pas d’accord. Les conclusions de fait du juge de première instance étaient bien étayées par la preuve.

[178] Le juge de première instance a expliqué minutieusement pourquoi il était d’avis que la relation entre les parties était acrimonieuse, tant durant le mariage qu’au moment du procès. Il a conclu qu’il y avait eu de la friction durant le mariage : la mère était soumise à la personnalité contrôlante et dominante du père; il y avait [TRADUCTION] « possiblement un certain degré d’abus émotionnel »; elle avait été agressée physiquement; et elle était traumatisée émotionnellement.

[179] De plus, l’animosité persistante du père envers la mère est devenue clairement visible durant le procès lui-même. Le juge de première instance a conclu que sa conduite à cette occasion avait été abusive : par. 41. Plus particulièrement, le père a joint à un affidavit un « égoportrait » de la mère nue, ce qui, selon le

her. The trial judge also noted that the assault, and the father’s denials that it had occurred, was “likely to be an ongoing source of acrimony”: para. 41 (emphasis added). The trial judge concluded that this high-conflict relationship between the parties had “particularly significant” implications for the children: para. 41. These considerations weighed in favour of the children staying primarily with the mother. In these circumstances, it was open for the trial judge to conclude that a co-parenting arrangement could only work in Telkwa. If the mother returned to Kelowna, she would likely be socially isolated and reliant on the father.

[180] Despite the trial judge’s findings, which were well supported by the record, the Court of Appeal intervened because “the trial judge’s concerns about Mr. Grebliunas’ behaviour towards Ms. Barendregt warrant some context”: para. 70.

[181] The court identified four factors that purportedly “attenuated” the seriousness of the circumstances. First, the mother never argued that hostility between the parties supported her move; her evidence was that the parties were getting along better than when they first separated. Second, many of the issues the judge had been concerned about had taken place in the past. Third, there was no evidence of any event involving or taking place in the presence of the children since separation. And fourth, the trial judge failed to consider the evidence that the parties’ relationship was improving.

[182] None of these factors gave the Court of Appeal licence to disturb the trial judge’s factual findings regarding the relationship between the parties.

[183] First, although counsel for the mother did not advance the father’s animus as a factor that supported

juge de première instance, n’a servi à rien sinon qu’à humilier celle-ci. Le juge de première instance a aussi souligné que l’agression — ainsi que les dénégations du père à ce sujet — était [TRADUCTION] « susceptible d’être une source constante d’acrimonie » : par. 41 (je souligne). Le juge de première instance a conclu que cette relation très conflictuelle entre les parties avait des répercussions [TRADUCTION] « particulièrement importantes » sur les enfants : par. 41. Ces considérations ont pesé pour que ceux-ci demeurent principalement avec la mère. Dans ces circonstances, le juge de première instance pouvait conclure qu’un arrangement de garde conjointe ne pourrait fonctionner qu’à Telkwa. Si la mère retournait à Kelowna, elle serait vraisemblablement isolée socialement et dépendante du père.

[180] En dépit des conclusions du juge de première instance, qui étaient bien étayées par le dossier, la Cour d’appel est intervenue, jugeant que [TRADUCTION] « les préoccupations du juge de première instance concernant le comportement de M. Grebliunas à l’égard de M^{me} Barendregt devaient être mises en contexte » : par. 70.

[181] La cour a identifié quatre facteurs qui [TRADUCTION] « atténuent » supposément la gravité de la situation. Premièrement, la mère n’avait jamais soutenu que l’hostilité entre les parties militait pour son déménagement; selon son témoignage, les parties s’entendaient mieux qu’au début de leur séparation. Deuxièmement, de nombreux événements parmi ceux qui préoccupaient le juge s’étaient déroulés dans le passé. Troisièmement, il n’y avait aucune preuve d’un quelconque événement impliquant les enfants ou s’étant déroulé en leur présence depuis la séparation. Quatrièmement, le juge de première instance n’a pas tenu compte des éléments de preuve selon lesquels la relation entre les parties s’améliorait.

[182] Aucun de ces facteurs ne donnait à la Cour d’appel le droit de modifier les conclusions de faits du juge de première instance quant à la relation entre les parties.

[183] Premièrement, même si l’avocat de la mère n’avait pas fait valoir l’animosité du père comme

relocation, the state of the parties' relationship was obviously relevant. And as the interveners West Coast LEAF Association and Rise Women's Legal Centre point out, it is important to be aware of the social and legal barriers to women disclosing family violence in family law proceedings.

[184] Second, the parties' acrimonious relationship was far from a relic of the distant past. Again, the acrimony surfaced during the trial itself. And abusive dynamics often do not end with separation — in fact, the opposite is often true: Jaffe, Crooks and Bala, at p. 171; Neilson, at ch. 4.5.1, 7.2.2 and 7.2.6. Trial judges have the advantage of observing the dynamic between the parties first-hand; any resulting assessment of their ability to work together in the future must attract deference.

[185] Third, the fact that there was no evidence of any event involving the children, or taking place in the children's presence, could not be determinative. Not only can *indirect* exposure to conflict have implications for the children's welfare, the trial judge found there was a significant risk that conflict between the parties would spill over and *directly* impact the children. He was entitled to make that finding on the evidence before him.

[186] Fourth, the record discloses no indication that the trial judge forgot, ignored, or misconceived the evidence showing improvements in the parties' relationship. An omission in the reasons, in and of itself, does not mean that the appellate court is permitted to review the evidence heard at trial. And in any event, cooperating, staying, or reconciling with a party does not necessarily indicate that an incident of abuse or violence was not serious: see D. Martinson and M. Jackson, "Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases" (2017), 30 *Can. J. Fam. L.* 11, at p. 34. In the end, what mattered was the trial judge's conclusion that it was unlikely that the parents could work cooperatively to promote the children's best

facteur au soutien du déménagement, l'état de la relation entre les parties était manifestement pertinent. En outre, comme le soulignent les intervenants la West Coast LEAF Association et le Rise Women's Legal Centre, il importe d'être conscients des obstacles sociaux et juridiques à la divulgation de l'existence de violence familiale par les femmes dans le cadre de procédures en droit de la famille.

[184] Deuxièmement, la relation acrimonieuse entre les parties était loin d'être de l'histoire ancienne. Je le répète, l'animosité a refait surface durant le procès lui-même. D'ailleurs, les dynamiques d'abus ne prennent généralement pas fin avec la séparation — en fait, c'est souvent le contraire qui se produit : Jaffe, Crooks et Bala, p. 171; Neilson, c. 4.5.1, 7.2.2 et 7.2.6. Le juge de première instance a l'avantage d'observer directement la dynamique entre les parties; toute évaluation qui découle de cette position privilégiée concernant la capacité des parties à travailler ensemble à l'avenir commande la déférence.

[185] Troisièmement, l'absence de preuve d'un événement impliquant les enfants, ou survenu en leur présence, ne saurait être déterminante. Non seulement une exposition *indirecte* à des conflits peut avoir des conséquences sur le bien-être des enfants, mais le juge de première instance a conclu à l'existence d'un risque élevé que le conflit entre les parties dégénère et ait une incidence *directe* sur les enfants. Il pouvait conclure de la sorte en se basant sur la preuve présentée.

[186] Quatrièmement, rien dans le dossier n'indique que le juge de première instance a oublié les éléments de preuve démontrant une amélioration de la relation entre les parties, qu'il n'en a pas tenu compte ou qu'il les a mal interprétés. Une omission dans les motifs, en soi, n'autorise pas le tribunal d'appel à réexaminer la preuve présentée au procès. Et, en tout état de cause, le fait de coopérer, de demeurer ou de se réconcilier avec une partie n'indique pas nécessairement qu'un incident d'abus ou de violence n'a pas été grave : voir D. Martinson et M. Jackson, « Family Violence and Evolving Judicial Roles : Judges as Equality Guardians in Family Law Cases » (2017), 30 *Rev. can. d. fam.* 11, p. 34. En définitive, ce qui importait, c'était la conclusion du juge de première instance selon laquelle il était

interests in a shared parenting structure in the near future: para. 42.

[187] Nevertheless, the Court of Appeal concluded that the trial judge’s findings regarding the acrimonious relationship between the parties could “no longer support the ultimate result arrived at by the trial judge”: para. 69.

[188] Quite simply, however, it was not the place of the Court of Appeal to decide that the broader context could “attenuate” the seriousness of the father’s behavior in the absence of an overriding and palpable error. Nor was it the court’s place to reweigh a factor that had been carefully considered by the trial judge. A difference in opinion does not provide an appellate court licence to eclipse the trial court’s judgment in favour of its own. The Court of Appeal was wrong to dispense with deference in the absence of a reversible error.

(e) *The Other Gordon Factors*

[189] I am satisfied that the trial judge’s *Gordon* analysis was free from material error. The following factors all supported the trial judge’s conclusion that relocation was in the children’s best interests: there was a significant risk that the high-conflict nature of the parents’ relationship would impact the children if they stayed in Kelowna; the mother needed her family’s support to independently care for the children, which was only available in Telkwa; she was more willing to facilitate a positive relationship between the children and the father than the converse; and there were findings of family violence. I see no reason to set aside the trial judge’s decision.

VI. Disposition

[190] The appeal is allowed. The decision of the Court of Appeal is set aside, and paras. 1 to 6 of the

improbable que les parents travaillent de concert, dans un avenir rapproché, pour favoriser l’intérêt des enfants dans le cadre d’une structure de garde partagée : para. 42.

[187] Quoi qu’il en soit, la Cour d’appel a jugé que les conclusions du juge de première instance quant à la relation acrimonieuse entre les parties [TRADUCTION] « ne pouvaient plus soutenir le résultat ultime auquel [il] en est arrivé » : par. 69.

[188] Or, très simplement, il n’appartenait pas à la Cour d’appel de décider que le contexte plus large pouvait [TRADUCTION] « atténuer » la gravité du comportement du père en l’absence d’une erreur manifeste et déterminante. Il ne lui appartenait pas non plus de soulever de nouveau un facteur qui avait été examiné avec soin par le juge de première instance. Une différence d’opinions n’autorise pas un tribunal d’appel à écarter le jugement d’un tribunal de première instance et à y substituer le sien. La Cour d’appel a eu tort de ne pas faire preuve de déférence envers les conclusions du juge de première instance en l’absence d’une erreur susceptible de révision.

e) *Les autres facteurs énoncés dans l’arrêt Gordon*

[189] Je suis convaincue que l’analyse menée par le juge de première instance fondée sur l’arrêt *Gordon* n’était entachée d’aucune erreur importante. Les facteurs suivants militaient tous en faveur de sa conclusion selon laquelle le déménagement était dans l’intérêt des enfants : il existait un risque élevé que la nature très conflictuelle de la relation entre les parents ait une incidence sur les enfants s’ils restaient à Kelowna; la mère avait besoin du soutien de sa famille pour prendre soin des enfants de manière autonome, un soutien qu’elle ne pouvait avoir qu’à Telkwa; elle était davantage disposée à promouvoir une relation harmonieuse entre les enfants et le père que l’inverse; et le juge de première instance a conclu à l’existence de violence familiale. À mes yeux, il n’existe aucun motif pour annuler sa décision.

VI. Dispositif

[190] L’appel est accueilli. La décision de la Cour d’appel est annulée, et les par. 1 à 6 de l’ordonnance

trial judge’s order regarding the primary residence of the children are restored. The mother is entitled to her costs in this Court and the courts below.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting in part) —

I. Overview

[191] I have had the benefit of reading my colleague Justice Karakatsanis’s reasons. While I agree that the test laid out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, governs, as it applies to both “fresh” and “new” evidence, I disagree with my colleague’s application of *Palmer* to the facts of this appeal. For the reasons that follow, I would uphold the Court of Appeal’s ultimate conclusion that the evidence is admissible, but reject its treatment of *Palmer* and its decision to reassess the best interests of the children.

[192] I respectfully part company with my colleague’s analysis on two points. First, it is in my view inappropriate to comment on the *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, framework in the context of this appeal. This issue was not raised by the appellant, Ms. Barendregt (“mother”), nor was it formally raised by the respondent, Mr. Grebliunas (“father”), who did not cross-appeal. It is therefore not properly before this Court. Even if it were, I do not believe it prudent to comment on amendments to the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), without the benefit of submissions and of a full evidentiary record on the matter. It follows that I cannot agree with my colleague’s analysis as set out in paras. 105-89 of her reasons. I will say no more on this issue; it ought to be left for another day.

[193] Second, as I mentioned, I disagree with my colleague’s application of *Palmer* to the facts of this case. Appellate courts that strictly apply the *Palmer*

du juge de première instance quant à la résidence principale des enfants sont rétablis. La mère a droit à ses dépens devant notre Cour et devant les juridictions d’instances inférieures.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) —

I. Aperçu

[191] J’ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Karakatsanis. Je conviens que le test établi dans l’arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, régit les faits de la présente affaire, puisqu’il s’applique tant à la preuve « nouvelle » qu’aux « nouveaux » éléments de preuve. Je ne suis toutefois pas d’accord avec son application de cet arrêt aux faits du présent pourvoi. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de confirmer la conclusion principale de la Cour d’appel selon laquelle les éléments de preuve sont admissibles, mais de rejeter son traitement de l’arrêt *Palmer* ainsi que sa décision de réexaminer l’intérêt des enfants.

[192] Avec égards, je me dissocie de l’analyse de ma collègue sur deux points. Premièrement, j’estime qu’il est inapproprié de commenter le cadre d’analyse prescrit par l’arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, dans le contexte du présent pourvoi. Cette question n’a pas été soulevée par l’appelante, M^{me} Barendregt (« mère »), et ne l’a pas été formellement non plus par l’intimé, M. Grebliunas (« père »), lequel n’a pas interjeté d’appel incident. La Cour n’en est donc pas dûment saisie. Même si elle l’était, je suis d’avis qu’il n’est pas prudent de formuler des commentaires quant à des modifications apportées à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e suppl.), sans le bénéfice d’observations et d’un dossier de preuve complet sur la question. Je ne peux donc souscrire à l’analyse que ma collègue énonce aux par. 105-189 de ses motifs. Je n’en dirai pas plus sur la question, qui devrait être tranchée à une autre occasion.

[193] Deuxièmement, comme je l’ai mentionné, je ne suis pas d’accord avec l’application que fait ma collègue de l’arrêt *Palmer* aux faits de la présente

test tend to focus too narrowly on the potential for further evidence to distort the appellate standard of review rather than properly focusing on the best interests of the child as the overriding consideration. The *Palmer* test must be applied flexibly in *all* cases involving the welfare of children. My colleague recognizes this well-established principle, yet her application of *Palmer* is devoid of flexibility.

[194] On a proper application of *Palmer*, I would admit the new evidence and remand the appeal to the trial court for reconsideration of the children’s best interests in light of the new information regarding the father’s financial situation and the condition of the West Kelowna home. The effect of holding otherwise would be to relocate 2 children 1,000 km away from their father based on an inaccurate picture of reality.

II. Analysis

[195] As my colleague rightfully notes, the *Palmer* test must be applied more flexibly in family law cases involving the best interests of a child (para. 67; *Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165). In such cases, an accurate assessment of the current situation of the parties, and of the children in particular, is of crucial importance (*Catholic Children’s Aid*, at p. 188). A child’s welfare is “ongoing and fluid, an undammed stream, and usually it is better that the Court have the full context” (*T.G. v. Nova Scotia (Minister of Community Services)*, 2012 NSCA 43, 316 N.S.R. (2d) 202, at para. 82).

[196] Although the rules for admitting new evidence are not designed to permit litigants to retry their cases, it is trite law that the best interests of a child “may provide a compelling reason to admit evidence on appeal” (*C.K.S. v. O.S.S.*, 2014 ABCA 416, at para. 10 (CanLII)). After all, a custody appeal “is ultimately about a child and will affect the welfare of a child” (*Bacic v. Ivakic*, 2017 SKCA 23, 409 D.L.R. (4th)

affaire. Les cours d’appel qui appliquent strictement le test énoncé dans cet arrêt ont tendance à se concentrer trop étroitement sur la possibilité que des éléments de preuve supplémentaires altèrent la norme de contrôle en appel, plutôt que de jauger comme il se doit l’intérêt de l’enfant, la considération prépondérante. Le test de l’arrêt *Palmer* doit être appliqué avec flexibilité dans *tous* les dossiers où il est question du bien-être d’enfants. Ma collègue reconnaît ce principe bien établi, mais son application de l’arrêt *Palmer* est dépourvue de flexibilité.

[194] Appliquant l’arrêt *Palmer* comme il se doit, je suis d’avis d’admettre les nouveaux éléments de preuve et de renvoyer l’appel au tribunal de première instance pour qu’il réexamine l’intérêt des enfants à la lumière des nouveaux renseignements concernant la situation financière du père et la condition de la maison de Kelowna Ouest. Décider autrement aurait pour effet de relocaliser 2 enfants à 1 000 km de leur père sur le fondement d’un portrait inexact de la réalité.

II. Analyse

[195] Comme l’a noté à bon droit ma collègue, le test de l’arrêt *Palmer* doit être appliqué avec plus de flexibilité dans les dossiers en droit de la famille où l’intérêt d’un enfant est en jeu (par. 67; *Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165). Dans de tels dossiers, il est crucial d’évaluer avec précision la situation actuelle des parties, et particulièrement celle des enfants (*Catholic Childen’s Aid*, p. 188). En effet, le bien-être d’un enfant est [TRADUCTION] « de nature évolutive et fluide, un flot continu, et il est généralement préférable que le tribunal dispose du contexte complet » (*T.G. c. Nova Scotia (Minister of Community Services)*, 2012 NSCA 43, 316 N.S.R. (2d) 202, par. 82).

[196] Même si les règles relatives à l’admissibilité de nouveaux éléments de preuve ne sont pas conçues pour permettre aux parties de plaider de nouveau leur cause, il est bien établi en droit que l’intérêt d’un enfant [TRADUCTION] « peut constituer un motif convaincant pour admettre des éléments de preuve en appel » (*C.K.S. c. O.S.S.*, 2014 ABCA 416, par. 10 (CanLII)). Après tout, un appel relatif à la garde

571, at para. 24; see also *P. (J.) v. P. (J.)*, 2016 SKCA 168, 89 R.F.L. (7th) 92, at para. 24; *O. (A.) v. E. (T.)*, 2016 SKCA 148, 88 R.F.L. (7th) 34, at paras. 115-17; *C.L.B. v. J.A.B.*, 2016 SKCA 101, 484 Sask. R. 228, at paras. 21-22).

[197] This flexibility is borne out by a review of the relevant case law. Over the last decade, Canadian appellate courts admitted additional evidence in family law cases in 48 out of 152 reported cases reviewed. Notably, however, the national rate of admission was considerably higher in cases involving child custody and the welfare of children. In 85 such cases, the court admitted the evidence almost half the time (41 out of 85). By contrast, the national rate of admission in cases not concerning children was closer to one tenth (7 out of 67). This supports my view that the rules for admitting further evidence ought to be relaxed — and in practice *are* relaxed — where the best interests of a child are at stake.

[198] My colleague appears to accept the importance of flexibility in this context. She notes that there may be “exceptional cases” where a child’s best interests favour admitting further evidence. For instance, she observes that the need for “finality” and “order” may yield “in the interest of justice” in “urgent matters requiring an immediate decision” (para. 70).

[199] But, respectfully, my colleague’s approach — narrowing *Palmer*’s flexibility to “exceptional cases” — is unduly rigid and undermines the specificity needed in cases involving children’s welfare. Indeed, it would often deny judges the full context they need in order to make a sound determination of the best interests of the child in a particular case.

[TRADUCTION] « concerne au premier chef un enfant et aura une incidence sur le bien-être d’un enfant » (*Bacic c. Ivakic*, 2017 SKCA 23, 409 D.L.R. (4th) 571, par. 24; voir aussi *P. (J.) c. P. (J.)*, 2016 SKCA 168, 89 R.F.L. (7th) 92, par. 24; *O. (A.) c. E. (T.)*, 2016 SKCA 148, 88 R.F.L. (7th) 34, par. 115-117; *C.L.B. c. J.A.B.*, 2016 SKCA 101, 484 Sask. R. 228, par. 21-22).

[197] L’existence de cette flexibilité est confirmée par un examen de la jurisprudence pertinente. Durant la dernière décennie, les cours d’appel canadiennes ont admis des éléments de preuve supplémentaires dans des dossiers en droit de la famille dans 48 des 152 décisions publiées examinées. Toutefois, fait important, le taux national d’admission était considérablement plus élevé dans les dossiers où il était question de la garde et du bien-être d’enfants. Dans 85 de ces dossiers, les tribunaux ont admis la preuve près d’une fois sur deux (41 sur 85). En revanche, le taux national d’admission dans les dossiers qui ne concernaient pas des enfants était plus proche d’un dixième (7 sur 67). Cela appuie mon point de vue selon lequel les règles relatives à l’admission d’éléments de preuve supplémentaires doivent être assouplies — et, en pratique, *sont* assouplies — lorsque l’intérêt d’un enfant est en jeu.

[198] Ma collègue semble reconnaître l’importance de la flexibilité dans ce contexte. Elle souligne qu’il peut y avoir des « cas exceptionnels » où l’intérêt d’un enfant milite en faveur de l’admission d’éléments de preuve supplémentaires. Par exemple, elle note que les impératifs que sont « le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires » peuvent céder le pas devant « l’intérêt de la justice » dans les « affaires urgentes exigeant une décision immédiate » (par. 70).

[199] Cependant, avec égards, l’approche préconisée par ma collègue — soit de restreindre l’application flexible de l’arrêt *Palmer* aux « cas exceptionnels » — est indûment rigide et nuit à la spécificité nécessaire dans les dossiers où il est question du bien-être d’enfants. En effet, cette approche priverait souvent les juges du contexte complet dont ils ont besoin pour bien juger de l’intérêt de l’enfant dans un dossier donné.

[200] Contrary to my colleague’s reasoning, all of the criteria must be applied flexibly in cases involving the best interests of children. I will briefly explain why this is so with respect to the first and fourth of the *Palmer* criteria — due diligence and whether the evidence could have affected the result at trial — as only these criteria are at issue in this appeal. I will then move on to apply *Palmer* — with the requisite flexibility — to the facts of this case.

A. *Palmer Test*

(1) Flexibility in Assessing Due Diligence

[201] Finality and order are not judicial straitjackets. Infants grow quickly into toddlers and then — in what may seem like the blink of an eye — into young adults. This development and maturation process demands that our courts have ample flexibility to decide each child custody case based on the most current information available. I could not agree more with the intervenor the Office of the Children’s Lawyer that a flexible approach “recognizes the need to be aware of children’s updated circumstances to understand how appellate decisions will impact their current lives, not the lives they had when the original decision was made” (I.F., at para. 6).

[202] With respect, my colleague takes a rigid view of due diligence. She focuses inordinately and narrowly on the “litigant’s conduct”, stating that parties should not be permitted to “benefit from their own inaction” (paras. 60-61). She asserts that only in exceptional circumstances may courts admit evidence that does not meet the due diligence criterion. I respectfully disagree with this rigid approach for three reasons.

[200] Contrairement à ce qu’affirme ma collègue, tous les critères doivent être appliqués avec flexibilité dans les dossiers où l’intérêt d’enfants est en jeu. Je vais brièvement expliquer pourquoi il en est ainsi relativement aux premier et quatrième critères du test de l’arrêt *Palmer* — la diligence raisonnable et la question de savoir si les éléments de preuve auraient influé sur le résultat au procès —, puisque seuls ces critères sont en cause dans le présent pourvoi. Je passerai ensuite à l’application de l’arrêt *Palmer* aux faits du présent dossier — avec la flexibilité requise.

A. *Test de l’arrêt Palmer*

(1) Flexibilité dans l’examen de la diligence raisonnable

[201] Le caractère définitif des décisions judiciaires et le déroulement ordonné des procédures judiciaires ne sont pas des camisoles de force juridiques. Les nourrissons deviennent rapidement des bambins et, ensuite, dans ce qui semble être un battement de paupière, de jeunes adultes. Ce processus de développement et de maturation exige que nos tribunaux fassent preuve de beaucoup de flexibilité, de manière à trancher chaque dossier de garde d’enfant en fonction des renseignements les plus à jour dont on dispose. Je suis entièrement d’accord avec l’intervenant, le Bureau de l’avocat des enfants, selon lequel l’approche flexible [TRADUCTION] « reconnaît la nécessité d’avoir conscience de la situation à jour dans laquelle se trouvent les enfants pour comprendre dans quelle mesure les décisions en appel auront une incidence sur leur vie actuelle, et non sur la vie qu’ils avaient au moment du prononcé de la décision originale » (m. interv., par. 6).

[202] Avec égards, ma collègue adopte une vision rigide de la diligence raisonnable. Elle se concentre excessivement et étroitement sur la « conduite du plaideur », et affirme que les parties ne devraient pas être autorisées à « tirer profit de [leur] propre inaction » (par. 60-61). À son avis, ce n’est que dans des circonstances exceptionnelles que les tribunaux peuvent admettre des éléments de preuve qui ne satisfont pas au critère de la diligence raisonnable. Avec égards, je ne suis pas d’accord avec cette approche rigide, et ce, pour trois raisons.

[203] First, I believe the reason for flexibility in this context to be obvious. It is to ensure that reviewing courts have the full context, given the ongoing nature of a child’s welfare — the undammed stream. This is precisely why appellate courts nationwide have held that due diligence is to be applied flexibly (*Shortridge-Tsuchiya v. Tsuchiya*, 2010 BCCA 61, 315 D.L.R. (4th) 498, at para. 87; *Jiang v. Shi*, 2017 BCCA 232, at para. 11 (CanLII); *PT v. Alberta*, 2019 ABCA 158, 88 Alta. L.R. (6th) 235, at para. 61; *G (JD) v. G (SL)*, 2017 MBCA 117, [2018] 4 W.W.R. 543, at para. 39). These cases stand for a clear, principled proposition: the mere fact that new evidence could potentially have been obtained for the trial should not, on its own, preclude an appellate court from reviewing information that bears directly upon the welfare of a child (see, e.g., *Babich v. Babich*, 2020 SKCA 25; *Bacic*, at para. 24). Moreover, even if some of the evidence could have been adduced at trial, this does not end the *Palmer* analysis, as it is well established that a “failure to meet the due diligence criterion is not always fatal” (*R. v. Lévesque*, 2000 SCC 47, [2000] 2 S.C.R. 487, at para. 42). Where there has been such a failure, it must be determined whether the strength of the other *Palmer* criteria “is such that failure to satisfy the due diligence requirement is overborne” (*ibid.*). This clearly further supports my view that due diligence in the child custody context must be applied with greater flexibility than my colleague’s approach permits.

[204] Second, finality is a double-edged sword. My colleague is rightly concerned about the impact of protracted litigation on “women, [who] are often already shouldering the economic consequences of a marital breakdown” and who “will be unable to afford the financial and emotional cost of court proceedings” (para. 68). But she seems to overlook the fact that a strict application of due diligence would only add to the burden she describes. By requiring all family law litigants to “put their best foot forward at trial” (para. 60), my colleague would require a

[203] Premièrement, selon moi, la raison qui justifie de faire preuve de flexibilité dans ce contexte va de soi. C’est pour garantir que les tribunaux d’appel disposent du contexte complet, compte tenu de la nature évolutive du bien-être d’un enfant — le flot continu. C’est précisément pourquoi les cours d’appel partout au pays ont conclu que le critère de la diligence raisonnable doit être appliqué avec flexibilité (*Shorridge-Tsuchiya c. Tsuchiya*, 2010 BCCA 61, 315 D.L.R. (4th) 498, par. 87; *Jiang c. Shi*, 2017 BCCA 232, par. 11 (CanLII); *PT c. Alberta*, 2019 ABCA 158, 88 Alta. L.R. (6th) 235, par. 61; *G (JD) c. G (SL)*, 2017 MBCA 117, [2018] 4 W.W.R. 543, par. 39). Ces affaires reposent sur une proposition claire et fondée sur des principes : le simple fait que les nouveaux éléments de preuve auraient pu être obtenus pour le procès ne devrait pas, à lui seul, empêcher une cour d’appel d’examiner des renseignements qui concernent directement le bien-être d’un enfant (voir, p. ex., *Babich c. Babich*, 2020 SKCA 25; *Bacic*, par. 24). De plus, quand bien même certains éléments de preuve auraient pu être produits au procès, cela ne met pas fin à l’analyse prévue par l’arrêt *Palmer*, puisqu’il est bien établi que le « défaut de satisfaire au critère de diligence raisonnable n’est pas toujours fatal » (*R. c. Lévesque*, 2000 CSC 47, [2000] 2 R.C.S. 487, par. 42). En présence d’un tel défaut, il faut déterminer si les autres critères énoncés dans l’arrêt *Palmer* ont un poids tel qu’ils « l’emportent sur l’omission de satisfaire au critère de diligence raisonnable » (*ibid.*). Cela soutient clairement encore davantage mon point de vue selon lequel le critère de la diligence raisonnable, dans le contexte de la garde d’un enfant, doit être appliqué avec plus de flexibilité que ne le permet l’approche préconisée par ma collègue.

[204] Deuxièmement, le principe du caractère définitif des décisions judiciaires est un couteau à double tranchant. Ma collègue est préoccupée avec raison de l’incidence des procès interminables sur « les femmes [qui] sont souvent déjà confrontées aux conséquences économiques de la rupture du mariage » et qui « n’ont pas les moyens d’assumer le coût financier et émotionnel d’une procédure judiciaire » (par. 68). Ma collègue semble toutefois négliger le fait que l’application stricte du critère de la diligence raisonnable ne ferait qu’ajouter au fardeau

self-represented single mother of modest means to advance her claim while simultaneously assembling up-to-date financial documentation, the relevance of which may not be apparent until after the initial hearing. Otherwise, this single mother runs the risk that new and potentially decisive evidence about her present circumstances will be ruled inadmissible. The result of my colleague’s approach to *Palmer* is that such a single mother would face a significant legal hurdle in pursuing custody of her children simply because she is unable to get her finances in order in a timely fashion. I fail to see how this promotes my colleague’s conception of “the interests of justice”.

[205] Third, I acknowledge that an application to vary may in some circumstances be the appropriate procedure. But an application to vary, like a motion to adduce further evidence on appeal, is “adversarial”. It would also place “additional strain on the parties’ resources” and generate further delays (para. 68). This begs the question: How does the variation mechanism mitigate the “financial and emotional” cost which so concerns my colleague? I do not find an answer for this in her reasons. Put simply, and with respect, my colleague’s conception of the due diligence criterion undercuts the interests of *all* family litigants, and “particularly women”, in child welfare cases (para. 68).

(2) Flexibility in Assessing Whether the New Evidence Could Have Affected the Result

[206] The fourth *Palmer* criterion requires the court to ask whether the further evidence, if believed, could have affected the result.

qu’elle décrit. En exigeant que toutes les parties à une procédure en droit de la famille « présente[nt leurs] meilleurs arguments et [leur] meilleure preuve au procès » (par. 60), elle impose qu’une mère célibataire, qui se représente seule et qui ne dispose que de peu de moyens, présente sa demande tout en colligeant simultanément la documentation financière à jour, dont la pertinence peut ne pas être évidente avant la conclusion de la première audience. Autrement, cette mère célibataire courrait le risque que de nouveaux éléments de preuve possiblement déterminants quant à sa situation actuelle soient jugés inadmissibles. Suivant l’interprétation que fait ma collègue de l’arrêt *Palmer*, une mère célibataire ferait face à un obstacle juridique important en tentant d’obtenir la garde de ses enfants, simplement parce qu’elle est incapable de mettre sa situation financière en ordre en temps opportun. Je n’arrive pas à comprendre comment cela favorise la conception qu’a ma collègue de l’« intérêt de la justice ».

[205] Troisièmement, je reconnais que, dans certaines circonstances, c’est une demande en modification qu’il conviendrait de présenter. Cependant, une telle demande, à l’instar d’une requête en vue de présenter un complément de preuve en appel, est une procédure « contradictoire ». Elle créerait en outre des « contraintes financières additionnelles pour les parties » et générerait des délais additionnels (par. 68). Cela pose la question de savoir comment la voie d’une demande en modification réduit le coût « financier et émotionnel » qui préoccupe tant ma collègue. Je ne trouve pas la réponse à cette question dans ses motifs. Dit simplement, et avec égards, la conception qu’a ma collègue du critère de la diligence raisonnable nuit aux intérêts de *toutes* les parties à des litiges en droit de la famille — et « en particulier les femmes » — dans lesquels le bien-être d’un enfant est en jeu (par. 68).

(2) Flexibilité dans l’examen de l’influence possible des nouveaux éléments de preuve sur le résultat

[206] Le quatrième critère énoncé dans l’arrêt *Palmer* exige du tribunal qu’il se demande si les nouveaux éléments de preuve, advenant qu’on leur prête foi, auraient pu influencer sur le résultat.

[207] As with due diligence, however, flexibility is once again nowhere to be found in my colleague’s analysis. She does of course recite the definition of this criterion from *Palmer* and note that it must be approached “purposely”. But she leaves it to readers to discern for themselves what this might mean (para. 63).

[208] Such an approach fails to recognize that in *Catholic Children’s Aid*, this Court explicitly contemplated the need for flexibility in applying the fourth *Palmer* criterion. L’Heureux-Dubé J., writing for a unanimous Court, held as follows:

Counsel for the child supports the approach advanced by the respondent society and also relies on *Genereux* . . . as the appropriate test in matters where the best interests of the child are the paramount concern.

Although I doubt that *Genereux* . . . intended to depart significantly from the test of *Palmer* . . . its approach is to be commended. . . . If *Genereux* . . . has enlarged the scope of the admission of fresh evidence on appeal, it has done so, in the present case at least, with regard to the final arm of the [*Palmer*] test, that is, whether the fresh evidence may affect the result of the appeal when considered with the other evidence. If that is so, and the fact that the admission of up-to-date evidence is essential in cases such as the one at hand, *Genereux* . . . should be applied in cases determining the welfare of children. [Emphasis added; pp. 188-89.]

[209] This excerpt affirms what is by now beyond dispute: the *Palmer* criteria — particularly the fourth criterion — are more flexible in appeals concerning the best interests of children, “where it is important to have the most current information possible ‘[g]iven the inevitable fluidity in a child’s development’” (*K.K. v. M.M.*, 2022 ONCA 72, at para. 17 (CanLII) (brackets in original)).

[210] In light of the foregoing, I will now apply *Palmer* to the situation in the case at bar.

[207] Or, comme dans son analyse de la diligence raisonnable, la flexibilité est absente de l’analyse de ma collègue à ce sujet. Bien entendu, elle reprend la définition de ce critère formulée dans l’arrêt *Palmer*, et elle note qu’il faut adopter une approche « téléologique » à son égard. Elle laisse toutefois le soin aux lecteurs de déceler par eux-mêmes ce que cela pourrait vouloir dire (par. 63).

[208] Une telle approche ne reconnaît pas que, dans l’arrêt *Catholic Children’s Aid*, la Cour a explicitement envisagé la nécessité de la flexibilité dans l’application du quatrième critère du test de l’arrêt *Palmer*. La juge L’Heureux-Dubé, au nom d’une Cour unanime, a tiré la conclusion suivante :

L’avocat de l’enfant appuie la démarche préconisée par la société intimée et est d’avis que le test approprié est celui formulé dans l’arrêt *Genereux* [. . .], dans les cas où l’intérêt véritable de l’enfant est la préoccupation prédominante.

Bien que je doute que l’arrêt *Genereux* [. . .] ait voulu s’écarter sensiblement du critère formulé dans [l’]arrê[t] *Palmer* [. . .], la démarche qu’il préconise est à recommander. [. . .] Si l’arrêt *Genereux* [. . .] a assoupli la règle de l’admission d’une nouvelle preuve en appel, il l’a fait, tout au moins en l’espèce, en ce qui concerne le dernier volet du critère formulé dans l’arrêt [*Palmer*], soit si la nouvelle preuve, combinée aux autres éléments de preuve produits, est susceptible d’influer sur l’issue de l’appel. Si tel est le cas, tenant compte du fait que l’admission d’éléments de preuve à jour est essentielle dans des cas comme le nôtre, l’arrêt *Genereux* [. . .] devrait s’appliquer aux causes visant le bien-être des enfants. [Je souligne; p. 188-189.]

[209] Cet extrait confirme ce qui est désormais indiscutable : les critères établis dans l’arrêt *Palmer* — notamment le quatrième — sont plus flexibles lorsque l’appel concerne l’intérêt d’enfants, [TRADUCTION] « où il importe de disposer des renseignements les plus à jour possible “[c]ompte tenu de l’inévitable fluidité du développement d’un enfant” » (*K.K. c. M.M.*, 2022 ONCA 72, par. 17 (CanLII) (crochets dans l’original)).

[210] À la lumière de ce qui précède, je vais maintenant appliquer l’arrêt *Palmer* à la situation en l’espèce.

B. *Application of Palmer*

[211] As I mentioned above, only the first and fourth of the *Palmer* criteria are in issue in this appeal. With respect to the first criterion, the mother argues that the new evidence could, with proper diligence, have been adduced at trial. In any event, relying on the fourth criterion, she contends that the new evidence could not have affected the outcome of the case.

[212] As I will explain, I disagree with the mother on both counts.

(1) Due Diligence

[213] First, due diligence is not a barrier to admitting the new evidence. By its nature, the evidence could not have been adduced at trial. I acknowledge that the father could have acted more expeditiously in taking steps to address his financial situation and the condition of the family home, and in bringing these matters to the court's attention. However, an inescapable fact remains: The evidence the father produced on appeal was not in existence at the time of the trial. The first *Palmer* factor therefore does not preclude its admission.

[214] Further, even if the evidence in question could have been obtained for the trial, this would not end the analysis. As I have indicated, giving effect to the need for flexibility in the child custody context demands that we apply the well-established principle that due diligence is *not* a condition precedent to admission. Yet this is precisely how my colleague treats due diligence, contrary to this Court's holding in *Lévesque*.

[215] Unlike my colleague, I do not accept that the existence of the variation procedure weighs against admission. She asserts that “[a] variation application and an appeal are distinct proceedings based on fundamentally different premises” (para. 75), and I agree

B. *Application de l'arrêt Palmer*

[211] Je le répète, seuls les premier et quatrième critères du test de l'arrêt *Palmer* sont en cause dans le présent pourvoi. Quant au premier critère, la mère soutient que les nouveaux éléments de preuve auraient pu, si le père avait fait preuve de la diligence nécessaire, être produits au procès. Quoi qu'il en soit, se fondant sur le quatrième critère, elle soutient que ces nouveaux éléments de preuve n'auraient pas influé sur le résultat du dossier.

[212] Comme je l'expliquerai, je suis en désaccord avec la mère sur les deux points.

(1) Diligence raisonnable

[213] D'abord, la diligence raisonnable n'est pas un obstacle à l'admission de nouveaux éléments de preuve. De par sa nature, la preuve n'aurait pas pu être produite au procès. Certes, le père aurait pu agir plus rapidement pour remédier à sa situation financière et à la condition de la maison familiale, ainsi que pour porter ces éléments à l'attention du tribunal. Cependant, un fait inéluctable demeure : les éléments de preuve mis de l'avant par le père en appel n'existaient pas au moment du procès. Le premier critère du test de l'arrêt *Palmer* ne fait donc pas obstacle à leur admission.

[214] En outre, même si les éléments de preuve en question avaient pu être obtenus pour le procès, l'analyse ne se serait pas arrêtée à ce constat. Comme je l'ai indiqué, donner effet à l'impératif de flexibilité lorsqu'il est question de la garde d'un enfant requiert que nous appliquions le principe bien établi selon lequel la diligence raisonnable *n'est pas* une condition préalable à l'admission des nouveaux éléments de preuve. C'est pourtant précisément ainsi que ma collègue traite la diligence raisonnable, contrairement à la conclusion de la Cour dans l'arrêt *Lévesque*.

[215] À la différence de ma collègue, je n'accepte pas que l'existence de la procédure de modification milite contre l'admission. Elle affirme que « [l]a demande en modification et l'appel sont des procédures distinctes qui reposent sur des postulats

with her. But in this case the father’s appeal would have gone ahead regardless of whether he brought a separate application to vary in the trial court. Hence, the mere existence of the possibility of a variation order does not foreclose a litigant’s right to appeal and therefore the right to present a motion to adduce additional evidence, particularly where the evidence in question is linked to the alleged error.

(2) Whether the New Evidence Could Have Affected the Result

[216] Applying the fourth *Palmer* criterion, I conclude that the new evidence could have affected the result.

[217] It is noteworthy that my colleague does not even reach this branch of the *Palmer* test. She bases her conclusion on the father’s alleged lack of due diligence and on an absence of “circumstances” which might “render the admission of this evidence necessary in the interests of justice” (para. 91). All I would say in this regard is that I do not understand “necessity in the interests of justice” to be a *Palmer* criterion.

[218] More to the point, however, the fourth *Palmer* criterion favours admission of the new evidence. I say this for three reasons.

[219] First, the new evidence bears on a critical aspect of the trial judge’s reasoning. The trial judge found that the “parties’ financial situation, particularly as it pertains to the house”, was an issue that “significantly impact[ed]” his analysis of the children’s best interests (2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, at paras. 30-31). It matters not in my view that this issue was *comparatively* less significant than the relationship between the parties. The trial judge devoted 10 paragraphs of his best interests analysis to the financial issues related to the West Kelowna home. It is thus plain that the new evidence, which suggests that the father’s financial position and the condition of the home are much improved, *could* have

fondamentalement différents » (par. 75) et je suis d’accord avec elle. Par contre, en l’espèce, l’appel du père aurait eu lieu, indépendamment de sa décision de présenter ou non une demande distincte en modification devant le tribunal de première instance. Ainsi, la simple existence de la possibilité d’une telle demande ne prive pas une partie du droit d’interjeter appel et, partant, du droit de présenter une requête en vue de produire des éléments de preuve supplémentaires, en particulier lorsque ceux-ci sont liés à l’erreur alléguée.

(2) Les nouveaux éléments de preuve auraient-ils pu influencer sur le résultat?

[216] Lorsque j’applique le quatrième critère du test de l’arrêt *Palmer*, je conclus que les nouveaux éléments de preuve auraient pu influencer sur le résultat.

[217] Il convient de noter que ma collègue ne se rend même pas à ce volet du test. Elle fonde sa conclusion sur le manque allégué de diligence raisonnable du père, et sur l’absence d’une « situation » qui « [rendrait] l’admission de ces éléments de preuve nécessaire dans l’intérêt de la justice » (par. 91). Je me contenterai de dire à cet égard que, selon ma compréhension, la « nécessité dans l’intérêt de la justice » n’est pas un critère du test de l’arrêt *Palmer*.

[218] Par ailleurs, plus précisément, le quatrième critère du test de l’arrêt *Palmer* milite pour l’admission des nouveaux éléments de preuve, et ce, pour trois raisons.

[219] Premièrement, les nouveaux éléments de preuve concernent un aspect crucial du raisonnement du juge de première instance. En effet, il a conclu que la question de [TRADUCTION] « la situation financière des parties, notamment en ce qui a trait à la maison », avait eu une « incidence considérable » sur son analyse de l’intérêt des enfants (2019 BCSC 2192, 34 R.F.L. (8th) 331, at par. 30-31). Selon moi, il n’importe pas que cette question ait été *relativement* moins importante que la relation entre les parties. Le juge de première instance a consacré 10 paragraphes de son analyse de l’intérêt des enfants aux enjeux financiers relatifs à la maison de Kelowna Ouest. Manifestement, les nouveaux éléments de

affected the trial judge’s ultimate conclusion on the question whether permitting the children to relocate with their mother was in their best interests.

[220] Second, the new evidence addresses concerns the trial judge had regarding the home environment the father would provide for the children. If believed, the new evidence suggests that the house is now much closer to a “living environment” than to a “working environment”, as it was described at the time of trial (para. 33). The new evidence indicates that the father has renovated the bathroom and the master bedroom, and has definite plans to complete the kitchen renovation.

[221] Finally, the new evidence undermines the trial judge’s conclusion that, given the father’s dire financial straits, his ability to remain in the West Kelowna home was “less than certain” (para. 40). The trial judge found that the father’s “plan to continue living in the house with the boys [was], for all practical purposes, entirely dependent on the willingness and ability of his parents to pay off the mortgage and the debt on the line of credit secured by the home, and finance the remainder of the renovations” (para. 39). As of the date of the trial, this was uncertain. His father had spoken with bankers about buying an interest in the home, but nothing concrete about this plan had been filed in evidence. If believed, the new evidence shows that the father’s plan has come to fruition.

[222] The best interests analysis is of course highly contextual and fact-dependent. It is thus impossible to gauge exactly how this new evidence might have affected the trial judge’s carefully calibrated analysis. However, I agree with the father that the new evidence plainly bears on “one significant pillar” of the trial judge’s two-pronged rationale (R.F., at para. 67). In my view, this evidence could have altered the trial

preuve — qui donnent à penser que la situation financière du père et la condition de la maison se sont nettement améliorées — *auraient donc pu* influencer sur la conclusion que le juge de première instance a ultimement tirée quant à la question de savoir s’il est dans leur intérêt d’autoriser que les enfants vivent dorénavant chez leur mère.

[220] Deuxièmement, les nouveaux éléments de preuve répondent aux préoccupations qu’avait le juge de première instance quant à l’environnement qu’offrirait le père aux enfants à son domicile. Si l’on y prête foi, les nouveaux éléments de preuve suggèrent que la maison est maintenant beaucoup plus proche d’un [TRADUCTION] « lieu de vie » que d’un « lieu de travail », comme elle avait été décrite au moment du procès (par. 33). Les nouveaux éléments de preuve indiquent que le père a rénové la salle de bain et la chambre principale, et qu’il a des plans concrets pour finir la rénovation de la cuisine.

[221] Troisièmement, les nouveaux éléments de preuve affaiblissent la conclusion du juge de première instance selon laquelle la capacité du père de demeurer dans la maison de Kelowna Ouest était [TRADUCTION] « moins que certaine », compte tenu de sa situation financière précaire (par. 40). Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « le plan du père de continuer à vivre dans la maison avec les garçons [était], à toutes fins pratiques, totalement tributaire de la volonté de ses parents de rembourser l’hypothèque et la marge de crédit garantie par la maison et de financer le reste des rénovations ainsi que de leur capacité à le faire » (par. 39). En date du procès, cela était incertain. Son père avait parlé à des banquiers d’acheter une part de la maison, mais rien de concret n’avait été déposé en preuve quant à ce projet. Si on y prête foi, les nouveaux éléments de preuve démontrent que le plan du père s’est réalisé.

[222] Évidemment, l’analyse de l’intérêt est hautement contextuelle et tributaire des faits. Il est donc impossible de jauger exactement comment ces nouveaux éléments de preuve auraient pu influencer sur l’analyse soigneusement pondérée du juge de première instance. Cependant, je suis d’accord avec le père que les nouveaux éléments de preuve portent clairement sur [TRADUCTION] « un pilier

judge’s view that the children’s best interests would be better served by their living with their mother in Telkwa rather than in a shared parenting arrangement with both parents in the Kelowna area.

(3) Conclusion on *Palmer*

[223] Accordingly, on a properly flexible application of *Palmer*, I would admit the new evidence. I see no reason why the interest in “finality and order”, to which my colleague refers numerous times, should have tied the Court of Appeal’s hands in admitting new evidence that was plainly relevant to the issues it had to decide in any event. I will now turn to the separate question of the proper use of that evidence.

C. *Proper Use of the New Evidence*

[224] I agree with the Office of the Children’s Lawyer that the real concern with the new evidence in this appeal is not about appellate courts having up-to-date information on current circumstances which may affect a child’s best interests. Rather, it is about the *use* of new evidence by appellate courts without proper deference to lower courts, which is contrary to the principles developed by this Court in *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014. This issue should be dealt with separately from the admissibility analysis so as not to discourage the admission of new evidence about children’s current circumstances that may be invaluable to appellate courts.

[225] The parties agree that an appellate court admitting further evidence in child custody matters may use that evidence in one of two ways: (1) to justify

important » du raisonnement à deux volets du juge de première instance (m.i., par. 67). Selon moi, ces éléments de preuve auraient pu changer le point de vue de ce dernier selon lequel il était dans l’intérêt des enfants de vivre avec leur mère à Telkwa, plutôt qu’avec les deux parents en garde partagée dans la région de Kelowna.

(3) Conclusion quant à l’arrêt *Palmer*

[223] En conséquence, après avoir appliqué l’arrêt *Palmer* avec la flexibilité requise, je suis d’avis d’admettre les nouveaux éléments de preuve. Rien ne justifie, selon moi, que « le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires », auxquels renvoie ma collègue à de nombreuses reprises, empêchent la Cour d’appel d’admettre les nouveaux éléments de preuve manifestement pertinents quant aux questions qu’elle devait de toute façon trancher. Je vais maintenant me pencher sur la question distincte de l’utilisation appropriée de ces éléments de preuve.

C. *Utilisation appropriée des nouveaux éléments de preuve*

[224] À l’instar du Bureau de l’avocat des enfants, je suis d’avis que la préoccupation réelle concernant les nouveaux éléments de preuve dans le présent pourvoi n’est pas que les cours d’appel disposent de renseignements à jour sur la situation actuelle qui pourraient avoir une incidence sur l’intérêt d’un enfant. Elle concerne plutôt leur *utilisation* par les cours d’appel qui ne font pas preuve de la déférence voulue envers les tribunaux inférieurs, ce qui est contraire aux principes énoncés par la Cour dans l’arrêt *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014. Cette question devrait être traitée séparément de l’analyse de l’admissibilité, de manière à éviter de décourager l’admission de nouveaux éléments de preuve relatifs à la situation actuelle des enfants en cause, et qui pourraient être inestimables pour les cours d’appel.

[225] Les parties conviennent qu’un tribunal d’appel qui admet des éléments de preuve supplémentaires dans un litige sur la garde d’un enfant peut utiliser cette

remanding the matter to the trial court for reconsideration in light of a potentially material change in circumstances or (2) to make its own determination of the best interests of the child.

[226] The mother concedes that if the new evidence is admitted, “the matter should [be] remitted to the trial judge because. . . he ha[s] ‘extensive knowledge of this family and [these] child[ren]’” (A.F., at para. 71).

[227] I agree with the mother’s concession. In my view, while the Court of Appeal was correct to admit this evidence, it should not have used the new evidence regarding the father’s financial situation as a pretext to reweigh the trial judge’s findings regarding the relationship between the parties. Those findings were not affected by the new evidence and were entitled to appellate deference.

[228] As this Court held in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, appellate courts are not entitled to overturn trial court decisions in family law matters “simply because [they] would have made a different decision or balanced the factors differently” (para. 12).

[229] The Court of Appeal accordingly erred in making its own determination based on the new evidence. Moreover, I agree with the father that finality, although important, should not tie the hands of a reviewing court so as to prevent it from crafting a remedy that would advance the best interests of the child. In this case, the new evidence bears directly — and perhaps decisively — on a matter of significance to the children’s welfare. Any additional delay and expense resulting from the reconsideration of this matter is justified by the need to assess whether it is in the children’s best interests to live closer to their father in his *current* circumstances. I would add that an application to vary in these circumstances would be pointless, since it would likewise, as was

preuve de l’une ou l’autre des deux façons suivantes : (1) pour justifier le renvoi de l’affaire au tribunal de première instance pour réexamen à la lumière d’un possible changement important dans la situation, ou (2) pour statuer lui-même sur l’intérêt de l’enfant.

[226] La mère concède que, si les nouveaux éléments de preuve sont admis, [TRADUCTION] « l’affaire devrait être renvoyée au juge de première instance puisqu’il [. . .] “a une connaissance approfondie de cette famille et des enfants” » (m.a., par. 71).

[227] Je suis d’accord avec la concession de la mère. Selon moi, bien que la Cour d’appel ait eu raison d’admettre ces nouveaux éléments de preuve, elle n’aurait pas dû utiliser la preuve qui concernait la situation financière du père comme prétexte pour soupeser de nouveau les conclusions du juge de première instance quant à la relation entre les parties. Les nouveaux éléments de preuve ne portaient pas sur ces conclusions qui auraient donc dû faire l’objet de déférence en appel.

[228] Comme la Cour l’a conclu dans *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, les cours d’appel ne sont pas autorisées à infirmer les décisions des tribunaux de première instance dans les affaires en droit de la famille « pour le seul motif qu’[elles] aurai[ent] rendu une décision différente ou soupesé les facteurs différemment » (par. 12).

[229] La Cour d’appel a donc commis une erreur en tirant ses propres conclusions sur le fondement des nouveaux éléments de preuve. De plus, comme le père, j’estime que le caractère définitif des décisions judiciaires, bien qu’important, ne devrait pas restreindre la latitude du tribunal d’appel au point de l’empêcher de concevoir une réparation qui favoriserait l’intérêt de l’enfant. En l’espèce, les nouveaux éléments de preuve concernent directement — voire de manière déterminante — une question importante en ce qui a trait au bien-être des enfants. Tous les délais ou toutes les dépenses supplémentaires découlant du réexamen de cette question sont justifiés par la nécessité d’évaluer s’il est dans l’intérêt des enfants de vivre plus près de leur père dans la situation où il se trouve *actuellement*.

discussed above, involve further delay and expense to both parties.

III. Disposition

[230] For the foregoing reasons, I would admit the new evidence and allow the appeal in part, with costs to the father in this Court and in the court below.

[231] In the result, I would remand the appeal to the trial court for reconsideration of the children's best interests in light of the new evidence.

Appeal allowed with costs throughout, CÔTÉ J. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Power Law, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Georgiale Lang & Associates, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Office of the Children's Lawyer: Office of the Children's Lawyer, Toronto.

Solicitors for the interveners the West Coast Legal Education and Action Fund Association and the Rise Women's Legal Centre: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; West Coast Legal Education and Action Fund Association, Vancouver; Rise Women's Legal Centre, Vancouver.

J'ajouterais qu'une demande en modification dans ces circonstances serait inutile, puisque, je le réitère, elle donnerait aussi lieu à des délais et à des dépenses supplémentaires pour les deux parties.

III. Dispositif

[230] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'admettre les nouveaux éléments de preuve et d'accueillir en partie le pourvoi, avec dépens pour le père devant notre Cour et devant la Cour d'appel.

[231] En conséquence, je suis d'avis de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour réexamen de l'intérêt des enfants compte tenu des nouveaux éléments de preuve.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, la juge CÔTÉ est dissidente en partie.

Procureurs de l'appelante : Juristes Power, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Georgiale Lang & Associates, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Bureau de l'avocat des enfants : Bureau de l'avocat des enfants, Toronto.

Procureurs des intervenants West Coast Legal Education and Action Fund Association et Rise Women's Legal Centre : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; West Coast Legal Education and Action Fund Association, Vancouver; Rise Women's Legal Centre, Vancouver.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca