

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Henry Arthur Johnson, Andrew Isedore
Laba, Raymond Lebrun, Sr., Lionel
Raymond Legendre, Jean Paul Timm and
Danilor Tichinoff** *Respondents*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. LABA

File No.: 23217.

1994: June 15; 1994: December 8.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provision — Criminal Code provision prohibiting anyone from selling or purchasing precious metal ore “unless he establishes that he is the owner or agent of the owner or is acting under lawful authority” — Reverse onus infringing presumption of innocence — Whether infringement justifiable as reasonable limit — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 394(1)(b).

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Appeals — Motions judge declaring section of Criminal Code unconstitutional and granting stay of proceedings — Court of Appeal striking out offending words only and upholding rest of section — Whether Supreme Court has jurisdiction to hear Crown's appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 674, 693(1)(b) — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

The respondents were charged under s. 394(1)(b) of the *Criminal Code*, which makes it an offence for anyone to sell or purchase any rock, mineral or other sub-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Henry Arthur Johnson, Andrew Isedore
Laba, Raymond Lebrun, père, Lionel
Raymond Legendre, Jean Paul Timm et
Danilor Tichinoff** *Intimés*

b

et

**Le procureur général du
Canada** *Intervenant*

c

RÉPERTORIÉ: R. c. LABA

Nº du greffe: 23217.

d 1994: 15 juin; 1994: 8 décembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

e

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Disposition portant inversion du fardeau de la preuve — Disposition du Code criminel interdisant à qui que ce soit de vendre ou d'acheter du minerai renfermant des métaux précieux «à moins qu'il n'établisse qu'il est le propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou qu'il agit avec autorisation légitime» — Inversion du fardeau de la preuve violant la présomption d'innocence — Cette violation est-elle justifiable en tant que limite raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 394(1)b).

f

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Appels — Juge des requêtes déclarant unconstitutional l'article du Code criminel et ordonnant l'arrêt des procédures — Cour d'appel ne radiant que les mots fautifs et confirmant la validité du reste de la disposition i — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi du ministère public? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 674, 693(1)b) — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1), (3).

j

Les intimés ont été accusés en vertu de l'al. 394(1)b du *Code criminel*, qui prévoit que commet une infraction quiconque vend ou achète de la roche, du minerai

stance that contains precious metals "unless he establishes that he is the owner or agent of the owner or is acting under lawful authority". They brought a pre-trial motion challenging the constitutional validity of s. 394(1)(b) under ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The motions judge declared that s. 394(1)(b) violated the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*, was not saved by s. 1 of the *Charter* and so was of no force or effect. He granted the respondents' application for a stay of proceedings. On appeal to the Court of Appeal the Crown conceded that there was an infringement of s. 11(d) but sought to reverse the ruling on the ground that the provision should have been saved under s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal concluded that the Crown had not met the onus of proving that the reverse onus clause was a reasonable limit within the meaning of s. 1. In its order it stated that the appeal was allowed to the extent that, with the exception of the words 'he establishes that', which were struck out, the validity of the remainder of s. 394(1)(b) was upheld. The issues raised here are (1) whether this Court has jurisdiction to hear the appeal; and (2) whether s. 394(1)(b) infringes s. 11(d) of the *Charter* and, if so, whether it is a reasonable limit on the s. 11(d) right pursuant to s. 1 of the *Charter*.

ou une autre substance renfermant des métaux précieux «à moins qu'il n'établisse qu'il est le propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou qu'il agit avec autorisation légitime». Ils ont présenté une requête préliminaire contestant la constitutionnalité de l'al. 394(1)b) sur le fondement de l'art. 7 et des al. 11c) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge des requêtes a déclaré que l'al. 394(1)b) violait la présomption d'innocence de l'al. 11d) de la *Charte*, qu'il n'était pas sauvagardé par l'article premier de la *Charte* et qu'il était donc nul et inopérant. Il a accueilli la demande d'arrêt des procédures des intimés. Lors d'un appel devant la Cour d'appel, le ministère public a admis qu'il y avait violation de l'al. 11d), mais il a cherché à faire infirmer le jugement pour le motif que la disposition en cause aurait dû être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel a conclu que le ministère public ne s'était pas acquitté de la charge d'établir que la disposition portant inversion du fardeau de la preuve était une limite raisonnable au sens de l'article premier. Dans son ordonnance, elle a précisé que l'appel était accueilli dans la mesure où, à l'exception des mots «il n'établisse qu'» qui étaient radiés, la validité du reste de l'al. 394(1)b) était maintenue. Il s'agit en l'espèce de déterminer (1) si notre Cour est compétente pour entendre le pourvoi, et (2) si l'al. 394(1)b) viole l'al. 11d) de la *Charte* et, dans l'affirmative, s'il constitue une limite raisonnable, au sens de l'article premier de la *Charte*, au droit garanti par l'al. 11d).

Held: The appeal should be allowed in part.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

Jurisdiction

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: This Court does not have jurisdiction to hear this appeal under s. 693(1)(b) of the *Code*, which provides for an appeal by the Attorney General where a judgment of a court of appeal dismisses an appeal. Appeals under the *Criminal Code* are against orders, not reasons, and an appeal is allowed if an order is reversed even if the reasons for the reversal are not what the appellant would have liked them to be. The order in this case was a stay of proceedings. It was lifted implicitly, since in the formal order the Court of Appeal allowed the appeal. The Court of Appeal's failure to lift the stay explicitly could have been rectified by way of

g Compétence

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Notre Cour n'est pas compétente pour entendre le présent pourvoi aux termes de l'al. 693(1)b) du *Code* qui prévoit que le procureur général peut interjeter appel lorsqu'un jugement d'une cour d'appel rejette un appel. Les appels fondés sur le *Code criminel* visent des ordonnances et non des motifs, et un appel est accueilli si une ordonnance est annulée, même si les motifs de l'annulation ne sont pas ce que l'appelant aurait souhaité. L'ordonnance en l'espèce était un arrêt des procédures. Cet arrêt a été levé implicitement puisque, dans son ordonnance formelle, la Cour d'appel a accueilli l'appel. Le ministère public aurait pu remédier à l'omission de la Cour d'appel de lever expressément l'arrêt des procédures en passant simple-

the Crown simply proceeding with a trial or applying to the Court of Appeal to amend its judgment.

This Court does, however, have jurisdiction to hear an appeal against the reading out of the reverse onus clause of s. 394(1)(b) of the *Code* under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. Section 674 of the *Code* does not limit the jurisdiction provided to this Court by s. 40(1) in the circumstances of this case, for the reasons given in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* Nor is an appeal to this Court precluded by s. 40(3). An appeal against a ruling on the constitutionality of a law that cannot be piggybacked onto proceedings set out in the *Criminal Code* is a judgment of the highest court of final resort in a province in which judgment can be had in the particular case, and this Court therefore has jurisdiction under s. 40(1) to grant leave to appeal against such a ruling. To find otherwise would mean that if a finding of unconstitutionality coincides with a conviction, no appeal against the finding will be available if the accused chooses not to appeal. Such a consequence is absurd. In order to avoid such a result, a "dual proceedings, s. 40" analytical approach should be adopted to appeals against successful challenges under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* to the constitutionality of laws. When the constitutionality of a law is challenged in the context of criminal proceedings, there are effectively two proceedings — the proceedings directed at a determination of culpability and the proceedings directed at a determination of constitutionality. They will usually proceed together but may, on occasion, proceed separately. Here the Crown's appeal against the Court of Appeal's ruling on the constitutionality of s. 394(1)(b) cannot be piggybacked onto proceedings set out in the *Code*. If the Crown proceeded to trial and the respondents were convicted, then there would be no order as to the constitutionality of the redrafted s. 394(1)(b) to appeal against. The adverse constitutional ruling of the Court of Appeal is thus a judgment of the highest court of final resort and the Crown can seek leave to appeal under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. While the Crown did not seek leave under s. 40(1), this problem can be solved with a granting of leave by this Court *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto*.

ment au procès ou en demandant à la Cour d'appel de modifier son jugement.

Cependant, en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, notre Cour est compétente pour entendre le pourvoi formé contre la décision de rendre inopérante la disposition portant inversion du fardeau de la preuve, contenue à l'al. 394(1)b du *Code*. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, l'art. 674 du *Code* ne limite pas, dans les circonstances de la présente affaire, la compétence conférée à notre Cour par le par. 40(1). Le paragraphe 40(3) n'empêche pas non plus la formation d'un pourvoi devant notre Cour. L'appel interjeté contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit qui ne peut relever des procédures énoncées dans le *Code criminel* est un jugement rendu par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question et, par conséquent, en vertu du par. 40(1), notre Cour est compétente pour accorder l'autorisation de pourvoi contre une telle décision. Conclure autrement signifierait que, si une conclusion à l'inconstitutionnalité coïncide avec une déclaration de culpabilité, cette conclusion ne pourra faire l'objet d'aucun appel si l'accusé choisit de ne pas interjeter appel. Une telle conséquence est absurde. Pour éviter un tel résultat, on devrait adopter une méthode analytique des «doubles procédures et de l'art. 40» pour les appels interjetés contre des contestations fructueuses de la constitutionnalité de règles de droit, fondées sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est contestée dans le cadre de procédures criminelles, il y a en fait deux types de procédures: celles qui visent à déterminer la culpabilité et celles qui visent à déterminer la constitutionnalité. Elles se déroulent normalement ensemble, mais il peut arriver qu'elles se déroulent séparément. En l'espèce, le pourvoi formé par le ministère public contre la décision de la Cour d'appel sur la constitutionnalité de l'al. 394(1)b ne peut relever des procédures énoncées dans le *Code*. Si le ministère public passait au procès et que les intimés étaient déclarés coupables, il n'y aurait alors aucune ordonnance sur la constitutionnalité du nouveau texte de l'al. 394(1)b, qui pourrait faire l'objet d'un appel. Par conséquent, la décision défavorable de la Cour d'appel sur la constitutionnalité est un jugement du plus haut tribunal de dernier ressort et le ministère public peut demander l'autorisation de se pourvoir en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Bien que le ministère public n'ait pas demandé l'autorisation en vertu du par. 40(1), notre Cour peut régler ce problème en lui accordant rétrospectivement, de son propre chef, l'autorisation, à valoir pour alors, de se pourvoir en vertu du par. 40(1).

Per La Forest and Gonthier JJ.: This Court has jurisdiction to hear the appeal under s. 693(1)(b) of the *Criminal Code* for the reasons given by L'Heureux-Dubé J. under that heading.

Per L'Heureux-Dubé J.: Section 40(1) of the *Supreme Court Act* does not provide this Court with jurisdiction to hear the present appeal as the Chief Justice's "dual proceedings, s. 40" approach is rejected. The proceedings in this case, including the constitutional challenge, are clearly criminal proceedings, and all criminal appeals must be specifically created by statute. This appeal is from an interlocutory ruling arising out of a pre-trial motion. While s. 40(1) has in the past been held to provide this Court with jurisdiction to hear interlocutory appeals in civil matters, it has not been so interpreted with respect to interlocutory criminal appeals. The proposed "dual proceedings, s. 40" approach is therefore inconsistent with the jurisprudence of this Court since it is well settled that there should be no interlocutory criminal appeals. There are strong policy reasons for not permitting such appeals as they would fragment the criminal trial process and cause potentially lengthy delays. Furthermore, the "dual proceedings, s. 40" approach allows the Crown to appeal a trial judge's finding that a provision is unconstitutional directly to the Supreme Court of Canada, with leave. In this respect, the "dual proceedings, s. 40" approach effectively confers upon provincial Attorneys General the ability to "refer" federal criminal legislation to the Supreme Court on a "reference"-type proceeding. Such an expansion of the "reference" jurisdiction of this Court should be left to Parliament. Moreover, the "dual proceedings, s. 40" approach may be inconsistent with s. 674 of the *Criminal Code*. Specifically, it is not clear that this Court's jurisdiction under s. 40(1) is in all circumstances unaffected by s. 674 of the *Criminal Code*, or that s. 674 does not limit that jurisdiction in the case at hand. The exact nature of the interaction between the two provisions remains an open question. Finally, even if the "dual proceedings, s. 40" approach had been accepted, this case does not satisfy the criteria under that approach for an appeal to this Court from a constitutional ruling in a criminal proceeding. Since certain proceedings, including a trial and any subsequent appeals, are still pending, the constitutionality of s. 394(1)(b) might still arrive before this Court through normal appellate procedures and it is impossible to conclude that the constitutional question at issue could notulti-

Les juges La Forest et Gonthier: Notre Cour a compétence pour entendre le pourvoi en vertu de l'al. 693(1)b) du *Code criminel*, pour les raisons exposées sous cette rubrique par le juge L'Heureux-Dubé.

a *Le juge L'Heureux-Dubé:* Le paragraphe 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* ne confère pas à notre Cour compétence pour entendre le présent pourvoi étant donné que la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40», que préconise le Juge en chef, est rejetée. Les procédures ici en cause, y compris la contestation constitutionnelle, sont clairement des procédures criminelles et tous les appels en matière criminelle doivent être prévus explicitement par une loi. Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi contre une décision interlocutoire sur une requête préliminaire. Bien que, dans le passé, on ait jugé que le par. 40(1) confère à notre Cour compétence pour entendre les appels interlocutoires en matière civile, on ne lui a pas donné la même interprétation quant aux appels interlocutoires en matière criminelle. La méthode proposée des «doubles procédures et de l'art. 40» est donc incompatible avec la jurisprudence de notre Cour puisqu'il est bien établi qu'il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires en matière criminelle. Il existe de solides raisons de principe d'interdire pareils appels puisqu'ils fragmenteraient le processus du procès criminel et risqueraient d'engendrer de longs délais. De plus, la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40» permet au ministère public de se pourvoir directement devant la Cour suprême du Canada, avec l'autorisation de celle-ci, contre la décision d'un juge de première instance qu'une disposition est inconstitutionnelle. À cet égard, la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40» confère effectivement aux procureurs généraux des provinces la capacité de soumettre une mesure législative fédérale en matière criminelle au jugement de la Cour suprême dans le cadre d'une procédure du genre «renvoi». Un tel élargissement de la compétence de notre Cour en matière de «renvoi» devrait être laissé au Parlement. En outre, cette méthode des «doubles procédures et de l'art. 40» est potentiellement incompatible avec l'art. 674 du *Code criminel*. Plus précisément, il ne ressort pas clairement que la compétence conférée à notre Cour par le par. 40(1) n'est en aucun cas touchée par l'art. 674 du *Code criminel*, ou que l'art. 674 ne limite pas cette compétence en l'espèce. La question de la nature exacte de l'interaction de ces deux dispositions demeure entière. Enfin, même si l'on avait accepté la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40», la présente affaire ne satisfait pas aux critères de cette méthode applicables à un pourvoi devant notre Cour contre une décision en matière de constitutionnalité dans une instance criminelle. Puisqu'en l'espèce certaines

b

c

d

e

f

g

h

i

j

mately be “piggybacked” onto procedures set out in the *Criminal Code*.

While this Court does not have jurisdiction to hear this appeal under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, it does have jurisdiction to hear this appeal under s. 693(1)(b) of the *Code*. While technically the order granting a stay of proceedings was reversed by the Court of Appeal and the appeal was allowed, in substance this appeal concerned not the stay of proceedings but the decision to strike down s. 394(1)(b) of the *Code*. With respect to this issue, the Crown effectively lost its appeal. The Court of Appeal found the reverse onus clause in s. 394(1)(b) unconstitutional, but instead of striking down the entire provision, it struck out only the reverse onus clause. Thus, while the Crown won with respect to the remedy, it lost on every issue of substance it raised. A “substance over form” approach to the interpretation of the term “dismisses” in s. 693(1)(b) should be adopted. While overall success in the court below will preclude any further appeal under s. 693(1)(b), where the Crown suffered “overwhelming failure”, as here, it should have the right to appeal to this Court under s. 693(1)(b), with leave, regardless of whether or not the appeal to the Court of Appeal was technically dismissed.

Constitutionality of s. 394(1)(b) of the Criminal Code

Per Sopinka J. for the Court: The Crown properly conceded that the reverse onus in s. 394(1)(b) of the *Code* violates s. 11(d) of the *Charter*. The purpose of s. 394(1)(b) is clearly to criminalize trade in stolen precious metal ore. Since it permits accused persons to be convicted despite the presence of a reasonable doubt as to whether they were engaged in a legitimate transaction, it directly contravenes the presumption of innocence enshrined in s. 11(d). There is a wide range of innocent people who could be caught within the ambit of s. 394(1)(b) and could conceivably be unable to prove that their purchase or sale of ore was legitimate. The provision thus strikes at the heart of the protection

procédures, dont un procès et tout appel subséquent, sont toujours pendantes, la question de la constitutionnalité de l'al. 394(1)b) pourrait toujours être soumise à notre Cour par le biais des procédures normales d'appel, et il est impossible de conclure que la question constitutionnelle en cause ne saurait, en fin de compte, «relever» des procédures énoncées dans le *Code criminel*.

Bien que notre Cour n'ait pas compétence pour entendre le présent pourvoi en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, elle a compétence pour le faire en vertu de l'al. 693(1)b) du *Code*. Bien que, techniquement, la Cour d'appel ait annulé l'ordonnance accordant un arrêt des procédures et accueilli l'appel, essentiellement, le présent pourvoi porte non pas sur l'arrêt des procédures mais sur la décision d'annuler l'al. 394(1)b) du *Code*. À cet égard, le ministère public a effectivement perdu son appel. La Cour d'appel a conclu à l'inconstitutionnalité de la partie de l'al. 394(1)b) portant inversion du fardeau de la preuve, mais, plutôt que d'annuler l'article au complet, elle n'a radié que la partie portant inversion du fardeau de la preuve. Ainsi, bien que le ministère public ait eu obtenu gain de cause quant à la réparation, il a perdu relativement à toutes les questions de fond qu'il a soulevées. Il y a lieu d'adopter une approche qui privilégie «le fond sur la forme» dans l'interprétation du mot «rejette» qui figure à l'al. 693(1)b). Même si une victoire globale devant la juridiction inférieure a pour effet d'écartier tout autre appel fondé sur l'al. 693(1)b), lorsque le ministère public a subi une «défaite écrasante» comme c'est le cas en l'espèce, il devrait, en vertu de l'al. 693(1)b), avoir le droit de se pourvoir devant notre Cour, avec l'autorisation de celle-ci, peu importe que l'appel devant la Cour d'appel ait, techniquement, été ou non rejeté.

g

Constitutionnalité de l'al. 394(1)b) du Code criminel

Le juge Sopinka au nom de la Cour: Le ministère public a admis, à juste titre, que l'inversion du fardeau de la preuve prévue à l'al. 394(1)b) du *Code* viole l'al. 11d) de la *Charte*. L'alinéa 394(1)b) vise clairement à criminaliser le commerce du minerai volé qui renferme des métaux précieux. Étant donné qu'il permet qu'un accusé soit déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la légitimité de l'opération qu'il a effectuée, il viole directement la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d). L'alinéa 394(1)b) serait susceptible de s'appliquer à un large éventail de personnes innocentes qui, en théorie, pourraient ne pas être en mesure d'établir la légitimité de la vente ou de l'achat de minerai qu'elles ont effectués. Cette disposition porte directement atteinte à la protection accordée

h

i

j

afforded by s. 11(d) by increasing the likelihood that the innocent will be convicted.

The historical, social and economic context in which s. 394(1)(b) operates is useful in order to determine whether it constitutes a reasonable limit upon the right to be presumed innocent. In order to be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom the impugned provision must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society. While the evidence tendered concerning the extent of the problem posed by the theft of precious metals is weakened by the fact that the opinions are not supported by statistics, details or facts, the objective of deterring theft of precious metal ore meets this first branch of the *Oakes* test. Section 394(1)(b) creates a true criminal offence involving activity bereft of social utility and is an expression of society's repugnance to the conduct proscribed. The paucity of prosecutions does not necessarily reflect on the seriousness of the problem since the statistics might be affected by a number of factors such as the priority given to enforcement by the police and the Crown.

Parliament has chosen to achieve the objective of deterring theft of ore by proscribing trade in stolen ore and placing the onus upon the accused to show that the ore is not stolen. Both these measures are rational responses to the problem posed. The situation would be different if developments in gold fingerprinting techniques were to make it easier for the Crown to prove the provenance of gold-bearing material, but the evidence before the Court suggests that technology has not yet advanced to this point. There is no general requirement that a presumption be internally rational, in the sense that there is a logical connection between the presumed fact and the fact substituted by the presumption, in order to pass the rational connection phase of the proportionality test. The impugned provision does not, however, impair the right to be presumed innocent as little as possible and so cannot be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. In drafting s. 394(1)(b) Parliament could have chosen merely to place an evidentiary burden rather than a full legal burden of proving ownership, agency or lawful authority upon the accused. Knowledge of the availability of this option must be imputed to Parliament since evidentiary burdens of this kind are and were commonly used to relieve the Crown of the burden of proving that an accused did not legitimately acquire possession of property. The imposition of a legal burden also fails the proportionality test because of the excessive invasion of the presumption of

par l'al. 11d), en augmentant les chances qu'un innocent soit reconnu coupable.

Il est utile d'examiner le contexte historique, social et économique dans lequel l'al. 394(1)b) s'applique afin de déterminer s'il constitue une limite raisonnable au droit à la présomption d'innocence. Afin d'être suffisamment importante pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution, la disposition attaquée doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. Bien que la preuve présentée concernant l'étendue du problème que pose le vol de métaux précieux ait moins de poids du fait que les avis ne sont appuyés d'aucune donnée statistique, d'aucun détail ni d'aucun fait, l'objectif de prévenir le vol de métaux précieux satisfait au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*. L'alinéa 394(1)b) crée une infraction criminelle véritable comportant une activité dénuée d'utilité sociale et est l'expression de la réprobation sociale du comportement visé. Le nombre peu élevé de poursuites ne témoigne pas nécessairement de la gravité du problème puisqu'un certain nombre de facteurs peuvent influer sur les statistiques, comme la priorité que les policiers et le ministère public accordent à l'application de la disposition.

Pour atteindre l'objectif de la prévention du vol de minerai, le législateur a choisi d'interdire le commerce du minerai volé et d'imposer à l'accusé le fardeau d'établir que le minerai n'a pas été volé. Ces deux mesures sont des réponses logiques au problème qui se pose. Il en serait autrement si les progrès réalisés dans les techniques de prise d'empreintes devaient faciliter la tâche du ministère public de prouver la provenance d'une matière aurifère, mais la preuve dont notre Cour est saisie révèle que la technologie n'a pas encore atteint ce stade de développement. Il n'y a pas d'exigence générale que, pour satisfaire au volet du critère de proportionnalité, relatif au lien rationnel, une présomption soit intrinsèquement rationnelle, c'est-à-dire qu'il y ait un lien logique entre le fait présumé et le fait substitué par la présomption. Cependant, la disposition attaquée ne porte pas le moins possible atteinte au droit d'être présumé innocent et ne peut donc être maintenue à titre de limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. En rédigeant l'al. 394(1)b), le législateur aurait pu tout simplement choisir d'imposer à l'accusé une charge de présentation au lieu de la charge ultime intégrale d'établir la propriété, le mandat ou l'autorisation légitime. Force est de conclure que le législateur connaissait l'existence de cette option étant donné que des charges de présentation de ce genre ont été couramment utilisées, et le sont encore, afin de dégager le ministère public de l'obligation de prouver que l'accusé n'a pas

innocence having regard to the degree of advancement of Parliament's purpose.

The imposition of an evidentiary burden on the accused is justified even though it still impairs the right to be presumed innocent. It is unlikely that an innocent person will be unable to point to or present some evidence which raises a reasonable doubt as to their guilt. Although the imposition of an evidentiary burden violates the presumption of innocence, this only minimally increases the likelihood of an innocent person being convicted and represents a justifiable limitation upon the right to be presumed innocent. The words "unless he establishes that" in s. 394(1)(b) should therefore be struck down and the words "in the absence of evidence which raises a reasonable doubt that" read in. Since reducing the legal burden to an evidentiary burden will effectively further the legislative objective embodied in s. 394(1)(b), *prima facie* retention of this provision is less of an intrusion into the legislative sphere than striking down the offending words. Further, it is safe to assume that Parliament would have enacted the provision but restricted to an evidentiary burden, if the option of a legal burden had not been available.

légitimement acquis la possession d'un bien. L'imposition d'une charge ultime ne satisfait pas non plus au critère de proportionnalité à cause de l'empietement excessif sur la présomption d'innocence compte tenu de la contribution à la réalisation de l'objectif du législateur.

L'imposition à l'accusé d'une charge de présentation est justifiée, même si elle porte atteinte au droit à la présomption d'innocence. Il paraît invraisemblable qu'une personne innocente soit incapable de produire ou d'évoquer un élément de preuve quelconque qui soulève un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si l'imposition d'une charge de présentation viole la présomption d'innocence, cela ne fait augmenter que de façon minime la probabilité qu'un innocent soit déclaré coupable et que cela constitue une limite justifiable au droit d'être présumé innocent. En conséquence, les mots «à moins qu'il n'établisse qu'» de l'al. 394(1)b) devraient être radiés et les mots «en l'absence de preuve soulevant un doute raisonnable qu'», ajoutés. Puisque la réduction de la charge ultime à une charge de présentation aura vraiment pour effet de permettre la réalisation de l'objectif législatif de l'al. 394(1)b), il s'ensuit, à première vue, que le maintien de la disposition empiète moins sur le domaine législatif que la radiation des mots fautifs. Par ailleurs, il est possible de présumer, sans risque d'erreur, que le législateur aurait adopté la disposition, mais en n'imposant qu'une charge de présentation, s'il n'avait pas été possible d'imposer une charge ultime.

f Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; **arrêts mentionnés:** *R. c. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. c. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. ix; *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186.

h Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Knodel v. British Colum-*

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; **referred to:** *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. ix; *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186.

By Sopinka J.

Referred to: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Knodel v. British Colum-*

bia (Medical Services Commission) (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Bar of the Province of Quebec v. Ste-Marie*, [1977] 2 S.C.R. 414; *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. v. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481; *R. v. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Larceny and other similar Offences, S.C. 1869, c. 21, ss. 31, 32.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(c), (d).

Constitution Act, 1982, s. 52.

Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 424 [rep. & sub. 1938, c. 44, s. 22].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. c. 27 (1st Supp.)], ss. 256, 394(1)(b), (c), 465(1)(c), 674, 676(1)(c), 693(1)(a), (b) [rep. & sub. c. 34 (3rd Supp.), s. 12].

Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 337.

Ontario Court of Appeal Criminal Appeal Rules, SI/93-169.

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 59.06(1).

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 2, 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37], (3), 53.

Authors Cited

House of Commons Debates, 2nd Sess., 11th Parl., January 19, 1910, p. 2166.

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 74 C.C.C. (3d) 538, 15 C.R. (4th) 198, 10 C.R.R. (2d) 321, 56 O.A.C. 97, varying a judgment of the Ontario Court (General Division) (1990), 62 C.C.C. (3d) 375, 4 C.R.R. (2d)

Columbia (Medical Services Commission) (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

^a **Arrêts mentionnés:** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Barreau du Québec c. Ste-Marie*, [1977] 2 R.C.S. 414; *R. c. Morgentaler, Smoling and Scott* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. c. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481; *R. c. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

Lois et règlements cités

^d *Acte concernant le Larcin et les autres offenses de même nature*, S.C. 1869, ch. 21, art. 31, 32.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11c), d).

^e *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 256, 394(1)b), c), 465(1)c), 674, 676(1)c), 693(1)a), b) [abr. & repl. ch. 34 (3^e suppl.), art. 12].

Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 337.

Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 424 [abr. & repl. 1938, ch. 44, art. 22].

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 2, 40(1) [abr. & repl. 1990, ch. 8, art. 37], (3), 53.

^f *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 59.06(1).

Règles de procédure de la Cour d'appel de l'Ontario en matière criminelle, TR/93-169.

Doctrine citée

^h *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 11^e lég., le 19 janvier 1910, p. 2286.

ⁱ Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 74 C.C.C. (3d) 538, 15 C.R. (4th) 198, 10 C.R.R. (2d) 321, 56 O.A.C. 97, qui a modifié un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1990), 62 C.C.C. (3d) 375, 4

185, declaring s. 394(1)(b) of the *Criminal Code* to be of no force and effect. Appeal allowed in part.

David Butt, for the appellant.

Marc Rosenberg and *Alison Wheeler*, for the respondents Laba, Lebrun and Tichinoff.

James Wallbridge, for the respondent Timm.

Elaine F. Krivel, Q.C., and *Robert J. Frater*, for the intervener the Attorney General of Canada.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

LAMER C.J. — There are really three issues in this appeal: (1) does this Court have the jurisdiction to hear the appeal? (2) does s. 394(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? and (3) if the answer to question 2 is in the affirmative, is s. 394(1)(b) of the *Criminal Code* a reasonable limit on the s. 11(d) right pursuant to s. 1 of the *Charter*? In these reasons, I will address only the first of these issues. Justice Sopinka will address the second and third in his reasons.

I. Relevant Statutory Provisions

The relevant statutory provisions are as follows:

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

674. No proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences.

693. (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 675 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

C.R.R. (2d) 185, qui avait déclaré que l'al. 394(1)b) du *Code criminel* était inopérant. Pourvoi accueilli en partie.

a *David Butt*, pour l'appelante.

Marc Rosenberg et *Alison Wheeler*, pour les intimés Laba, Lebrun et Tichinoff.

b *James Wallbridge*, pour l'intimé Timm.

c *Elaine F. Krivel, c.r.*, et *Robert J. Frater*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

d Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le pourvoi soulève en réalité trois questions: (1) Notre Cour est-elle compétente pour entendre le pourvoi? (2) L'alinéa 394(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole-t-il l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Et (3), si la réponse à la seconde question est affirmative, l'al. 394(1)b) du *Code criminel* est-il une limite raisonnable, au sens de l'article premier de la *Charte*, au droit garanti par l'al. 11d)? Dans mes motifs, je ne traiterai que de la première question. Le juge Sopinka consacrera ses motifs aux deuxième et troisième questions.

I. Les dispositions législatives pertinentes

g Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

674. Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.

693. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 675 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 676(1)a), b) ou c) ou du paragraphe 676(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

j a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26

2. (1) In this Act,

“final judgment” means any judgment, rule, order or decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding;

“judgment”, when used with reference to the court appealed from, includes any judgment, rule, order, decision, decree, decretal order or sentence thereof, and when used with reference to the Supreme Court, includes any judgment or order of that Court;

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

(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.

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26

a 2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

b «jugement» Selon le cas, toute décision d'une juridiction inférieure, ou tout arrêt ou ordonnance de la Cour.

c «jugement définitif» Jugement ou toute autre décision qui statue au fond, en tout ou en partie, sur un droit d'une ou plusieurs des parties à une instance.

d 40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

g

h i (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.

II. The Procedural Background

On October 20, 1989, the respondents were charged with conspiracy to commit the indictable offence of selling or purchasing any stolen rock,

j

Le 20 octobre 1989, les intimés ont été accusés de complot en vue de commettre l'acte criminel consistant à vendre ou à acheter de la roche, du

mineral, or other substance that contains precious metals contrary to ss. 394(1)(b) and 465(1)(c) of the *Criminal Code*.

On December 15, 1989, the respondents brought a pre-trial motion before Boisonneault J. challenging the constitutional validity of s. 394(1)(b) of the *Criminal Code* under ss. 7, 11(c), and 11(d) of the *Charter*. The parties agreed to proceed by filing written arguments followed by oral submissions. At the hearing of the motion on May 8, 1990, the Crown objected to the hearing, arguing that it was premature and that the constitutional validity of legislation should not be determined in a factual vacuum — although the written submissions presented evidence relating to the purpose and background of s. 394(1)(b), no evidence was tendered relating to the commission of the offence.

On November 13, 1990, Boisonneault J. overruled the Crown's objections because: (1) all parties had agreed to proceed by way of written argument followed by oral submissions and a determination; (2) it was not necessary to have a full factual context in order to rule on the constitutionality of the section; and (3) the trial for conspiracy that would provide the full factual context would be lengthy and might prove unnecessary. He therefore ruled on the motion and declared that s. 394(1)(b) violated the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*, was not saved by s. 1 of the *Charter*, and so was of no force or effect: (1990), 62 C.C.C. (3d) 375.

In light of this ruling, on January 14, 1991, Boisonneault J. granted the respondents' application for a stay of proceedings on the ground that the substantive offence under which the respondents were charged was of no force or effect.

The Crown appealed from this ruling on the grounds of error in hearing and deciding the constitutional challenge prior to the hearing of evidence on the charges and in holding that s. 394(1)(b) was not a reasonable limit, pursuant to s.

mineraï ou autre substance volés renfermant des métaux précieux, contrairement aux al. 394(1)b) et 465(1)c) du *Code criminel*.

Le 15 décembre 1989, les intimés ont présenté une requête préliminaire devant le juge Boisonneault, contestant la constitutionnalité de l'al. 394(1)b) du *Code criminel* sur le fondement de l'art. 7 et des al. 11c) et d) de la *Charte*. Les parties ont consenti à déposer des arguments écrits avant de présenter leurs plaidoiries. Lors de l'audition de la requête le 8 mai 1990, le ministère public s'est opposé à l'audition en soutenant qu'elle était prématurée et que la constitutionnalité de la mesure législative ne devrait pas être déterminée dans l'abstrait — même si les arguments écrits présentaient une preuve relative à l'objet et à l'historique de l'al. 394(1)b), aucune preuve n'a été soumise concernant la perpétration de l'infraction.

Le 13 novembre 1990, le juge Boisonneault a écarté les objections du ministère public pour les motifs suivants: (1) toutes les parties avaient consenti à soumettre leurs arguments écrits puis leurs plaidoiries avant qu'une décision soit rendue, (2) il n'était pas nécessaire de connaître tout le contexte factuel pour statuer sur la constitutionnalité de la disposition en cause, et (3) le procès pour complot qui fournirait tout le contexte factuel serait long et pourrait se révéler inutile. Il a donc statué sur la requête et déclaré que l'al. 394(1)b) violait la présomption d'innocence de l'al. 11d) de la *Charte*, qu'il n'était pas sauvagardé par l'article premier de la *Charte* et qu'il était donc nul et inopérant: (1990), 62 C.C.C. (3d) 375.

Compte tenu de cette décision, le juge Boisonneault a, le 14 janvier 1991, accueilli la demande d'arrêt des procédures des intimés pour le motif que la disposition créant l'infraction matérielle précise dont les intimés avaient été accusés était nulle et inopérante.

Le ministère public a interjeté appel de cette décision pour le motif qu'on avait commis une erreur en tenant l'audition sur la contestation de la constitutionnalité et en statuant sur celle-ci avant d'entendre la preuve relative aux accusations et en

1 of the *Charter*, of the right to be presumed innocent in s. 11(d) of the *Charter*.

In reasons released June 16, 1992, 74 C.C.C. (3d) 538, Tarnopolsky J.A. considered the argument that the trial judge erred in hearing and deciding the constitutional challenge prior to the hearing of evidence on the charges. He concluded (at p. 546) that:

Therefore, there is clear and recent jurisprudence of the Supreme Court of Canada and of this court indicating that, in certain circumstances, perhaps more particularly when the focus of a case is on s. 1, it is proper to proceed with a constitutional challenge to a criminal law provision in the absence of adjudicative facts. In light of the Crown's admission that adjudicative facts would not ameliorate the hearing of this appeal, this is a proper case in which one could proceed in their absence. Moreover, there are legislative facts before the court, which were tendered by both the Crown and the respondents and were identified as sufficient by the trial judge. Neither counsel has been able to point to anything else that the court ought to know in order to proceed. On that basis, the record here, which will be amplified in the next part, is sufficient for the appeal to be heard in its current form.

The appellant conceded that the reverse onus provision in s. 394(1)(b) of the *Criminal Code* contravened the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* and therefore Tarnopolsky J.A. examined only the question of whether the violation could be saved as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. He concluded that the appellant had not met the onus of proving that the reverse onus clause was a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*. He concluded (at p. 552):

As mentioned earlier, the motion judge held that *all* of s. 394(1)(b) was of no force and effect. However, this is not necessary, as it is only the reverse onus clause in that provision that is unconstitutional. The rest of s. 394(1)(b) is not affected. It provides for the offence, the constitutional validity of which is not in question.

déclarant que l'al. 394(1)b) n'était pas une limite raisonnable, au sens de l'article premier de la *Charte*, au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte*.

a

Dans des motifs déposés le 16 juin 1992, 74 C.C.C. (3d) 538, le juge Tarnopolsky a examiné l'argument voulant que le juge du procès ait commis une erreur en tenant l'audition sur la contestation constitutionnelle et en statuant sur celle-ci avant d'entendre la preuve relative aux accusations. Voici ce qu'il conclut, à la p. 546:

[TRADUCTION] Par conséquent, la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada et de notre cour indique clairement que, dans certaines circonstances, peut-être plus particulièrement lorsqu'une affaire est axée sur l'article premier, il convient de résoudre la contestation de la constitutionnalité d'une disposition de droit criminel en l'absence des faits en litige. Puisque le ministère public a reconnu que les faits en litige n'ajouteraient rien à l'audition du présent appel, l'affaire en est une où on pourrait procéder sans ces faits. Par ailleurs, le ministère public et les intimés ont saisi la cour de certains faits législatifs que le juge du procès a estimé suffisants. Ni l'un ni l'autre avocat n'a été en mesure d'indiquer à la cour d'autres éléments qu'elle devrait connaître pour procéder. Pour ce motif, le dossier en l'espèce, qui sera étoffé à l'étape suivante, est suffisant pour que l'appel soit entendu dans sa forme actuelle.

L'appelante a admis que la disposition portant inversion du fardeau de la preuve de l'al. 394(1)b) du *Code criminel* contrevenait à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte* et c'est pourquoi le juge Tarnopolsky ne s'est penché que sur la question de savoir si la violation serait justifiable à titre de limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Il a conclu que l'appelante ne s'était pas acquittée de la charge d'établir que la disposition portant inversion du fardeau de la preuve était une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Il conclut, à la p. 552:

[TRADUCTION] Je le répète, le juge des requêtes a conclu que l'al. 394(1)b) était nul et inopérant *en totalité*. Or, cela n'est pas nécessaire puisque seule la partie de cet alinéa, qui porte inversion du fardeau de la preuve, est inconstitutionnelle. Le reste de l'al. 394(1)b) n'est pas touché. Il prévoit l'infraction dont la constitutionna-

Therefore, I would allow the appeal to the extent that *all* of s. 394(1)(b) was struck down, but would dismiss it with respect to the invalidity of the reverse onus clause. Thus, I would merely strike out the words "he establishes that", in that provision. [Emphasis in original.]

The Court of Appeal issued the following order:

THIS COURT DID ORDER the appeal against the Order should be and the same was thereby allowed to the extent that, with the exception of the words "he establishes that" which are struck out, the validity of the remainder of section 394(1)(b) of the *Criminal Code of Canada* is upheld.

III. Analysis

The first issue in the case at bar is whether this Court has jurisdiction to hear the Crown's appeal against the Court of Appeal decision. The appellant claimed that the appeal to the Court of Appeal was dismissed and therefore this Court has jurisdiction to hear the appeal under s. 693(1)(b) of the *Criminal Code*. The respondents claimed that the appeal to the Court of Appeal was allowed and therefore this Court does not have jurisdiction to hear the appeal under s. 693(1)(b). I will conclude that the appeal against the stay of proceedings to the Court of Appeal was allowed and therefore this Court does not have jurisdiction to hear the appeal under s. 693(1)(b). However, I will also conclude that this Court has jurisdiction to hear an appeal against the reading out of the reverse onus clause of s. 394(1)(b) of the *Criminal Code* under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

Before going any further, I should note that the specific jurisdictional issue in this case relates to the more general issue of appellate jurisdiction with regard to challenges under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* to the constitutionality of laws and to the even more general issue of the proper conduct of s. 52 proceedings. My analysis will be grounded in the following premise: when the constitutionality of a law is challenged in the context of criminal proceedings, there are effectively two

a lité n'est pas contestée. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel dans la mesure où l'al. 394(1)b) a été annulé *en totalité*, mais je suis d'avis de le rejeter relativement à l'invalidité de la disposition portant inversion du fardeau de la preuve. Ainsi, je suis d'avis de ne radier de cette disposition que les mots «il n'établisse qu'». [En italique dans l'original.]

La Cour d'appel a rendu l'ordonnance suivante:

b [TRADUCTION] NOTRE COUR accueille l'appel interjeté contre l'ordonnance dans la mesure où, à l'exception des mots «il n'établisse qu'» qui sont radiés, la validité du reste de l'al. 394(1)b) du *Code criminel du Canada* est maintenue.

III. Analyse

c Il s'agit d'abord en l'espèce de savoir si notre Cour est compétente pour entendre le pourvoi formé par le ministère public contre la décision de la Cour d'appel. L'appelante soutient que l'appel devant la Cour d'appel a été rejeté et que notre Cour est donc compétente pour entendre le pourvoi en vertu de l'al. 693(1)b) du *Code criminel*. Les intimés soutiennent que l'appel devant la Cour d'appel a été accueilli et que, par conséquent, notre Cour n'est pas compétente pour entendre le pourvoi en vertu de l'al. 693(1)b). Je conclurai que l'appel interjeté devant la Cour d'appel contre l'arrêt des procédures a été accueilli et que, par conséquent, notre Cour n'a pas compétence pour entendre le pourvoi en vertu de l'al. 693(1)b). Toutefois, je conclurai également qu'en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, notre Cour est compétente pour entendre le pourvoi formé contre la décision de rendre inopérante la disposition portant inversion du fardeau de la preuve, contenue à l'al. 394(1)b) du *Code criminel*.

i Avant d'aller plus loin, je devrais signaler que la question de compétence précise soulevée en l'espèce se rapporte à la question plus générale de la compétence en matière d'appel relativement aux contestations de la constitutionnalité de règles de droit, fondées sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et à la question encore plus générale du déroulement approprié des procédures fondées sur l'art. 52. Mon analyse sera fondée sur la prémissse suivante: lorsque la constitutionnalité d'une

proceedings — the proceedings directed at a determination of culpability and the proceedings directed at a determination of constitutionality. They will usually proceed together but may, on occasion, proceed separately. These two proceedings will usually, but need not always, be governed by the same rules and practices. While I will confine my remarks to the issue of jurisdiction, I must acknowledge that there will be implications of this analysis for other issues (the admissibility of evidence, intervener status, etc.). However, I leave the discussion of these implications to future cases in which these other issues actually arise.

A. Section 693(1)(b) of the Criminal Code

Section 693(1)(b) of the *Criminal Code* states that:

693. (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 675 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

rule of law is contested in the context of criminal proceedings, there are in fact two types of procedures: those that aim to determine culpability and those that aim to determine constitutionality. They usually proceed together but may, on occasion, proceed separately. These two procedures will usually, but not always, be governed by the same rules and practices. While I will confine my remarks to the issue of jurisdiction, I must acknowledge that there will be implications of this analysis for other issues (admissibility of evidence, intervener status, etc.). However, I leave the discussion of these implications to future cases in which these other issues actually arise.

b Même si je confinerais mes remarques à la question de la compétence, je dois reconnaître que mon analyse aura des conséquences sur d'autres questions (l'admissibilité de la preuve, la qualité d'intervenant, etc.). Je remets cependant l'analyse de ces conséquences à une autre occasion où ces autres questions seront vraiment soulevées.

A. L'alinéa 693(1)b du Code criminel

L'alinéa 693(1)b du *Code criminel* prévoit ceci:

693. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 675 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 676(1)a, b) ou c) ou du paragraphe 676(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada. [Emphasis added.]

Therefore, this Court only has jurisdiction to hear this appeal under s. 693(1)(b) if the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal against the stay of proceedings. However, this appeal was not dismissed.

The argument here is quite simple: (1) appeals under the *Criminal Code* are against orders not reasons; (2) an appeal is allowed if an order is reversed even if the reasons for the reversal are not what the appellant would have liked them to be; (3) the order in the case at bar was a stay of proceedings; (4) the stay was lifted (albeit implicitly); therefore (5) the appeal was allowed. The first and third premises of this argument are uncontroversial. The conclusion follows deductively from the

b sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada. [Je souligne.]

g Donc, aux termes de l'al. 693(1)b), notre Cour n'est compétente pour entendre le présent pourvoi que si la Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par le ministère public contre l'arrêt des procédures. h Cet appel n'a toutefois pas été rejeté.

i L'argument ici est fort simple: (1) les appels fondés sur le *Code criminel* visent des ordonnances et non des motifs; (2) un appel est accueilli si une ordonnance est annulée, même si les motifs de l'annulation ne sont pas ce que l'appelant aurait souhaité; (3) l'ordonnance en l'espèce était un arrêt des procédures; (4) l'arrêt des procédures a été levé (quoique implicitement); par conséquent, (5) l'appel a été accueilli. Les première et troisième prémisses de cet argument ne prétendent pas à

premises. However, the second and the fourth premises require some discussion.

The second premise of this argument is drawn from, and supported by, *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449, *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212, and *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. ix. In *Barnes*, I wrote at p. 466:

The Crown is not given by statute the ability to appeal to this Court a decision which allowed its appeal from an acquittal or judicial stay of proceedings, but which gave the Crown less than what had been requested. As a result, there is no statutory provision which would allow the Crown to appeal from the Court of Appeal's judgment. Absent a statutory right of appeal, there is no right of appeal. [Emphasis in original.]

In *MacKenzie*, La Forest J. wrote at pp. 228-29:

The problem for the Crown in this case is that the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, albeit on a different issue than that which the Crown sought to pursue in this Court. The Crown's overall success in the court below precluded any further appeal, or cross-appeal, to this Court.

As in *Barnes*, a court of appeal has allowed a Crown appeal, thereby precluding any appeal, or cross-appeal, by the Crown to this Court. The subdivision of a case on appeal into discrete grounds does not assist the Crown in this regard: an unfavourable ruling by a court of appeal on one point of law is overtaken by the Crown's success on other grounds. [Emphasis in original.]

On the basis of this case law, I conclude that an appeal is allowed if an order is reversed even if the reasons for the reversal are not what the appellant would have liked them to be.

The fourth premise of the argument is that the stay was lifted (albeit implicitly). At the end of his reasons, Tarnopolsky J.A. wrote (at p. 552):

... I would allow the appeal to the extent that *all* of s. 394(1)(b) was struck down, but would dismiss it with

controverse. La conclusion découle implicitement de ces prémisses. Toutefois, les deuxième et quatrième prémisses requièrent une certaine analyse.

La deuxième prémissse de l'argument est tirée des arrêts *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212, et *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. ix, qui la justifient également. Dans l'arrêt *Barnes*, j'écris, à la p. 466:

Le ministère public n'est pas, de par la loi, habilité à se pourvoir devant notre Cour contre une décision qui a accueilli l'appel qu'il avait interjeté d'un verdict d'acquittement ou d'un arrêt des procédures, mais qui lui a donné moins que ce qui avait été demandé. Par conséquent, il n'existe aucune disposition législative qui permettrait au ministère public de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. Sans droit d'appel prévu par la loi, il n'y a pas de droit d'appel. [Souligné dans l'original.]

^b Dans l'arrêt *MacKenzie*, le juge La Forest écrit, aux pp. 228 et 229:

Le problème du ministère public en l'espèce est que la Cour d'appel a accueilli l'appel qu'il avait interjeté, bien que sur une question différente de celle qu'il a tenté de faire valoir devant nous. C'est la victoire globale qu'il a remportée devant la juridiction inférieure qui empêche le ministère public de se pourvoir, en appel ou en appel incident, devant notre Cour.

^f

Comme dans *Barnes*, une cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, empêchant ainsi tout pourvoi ou pourvoi incident de ce dernier devant notre Cour. La subdivision des moyens d'appel n'aide pas le ministère public à cet égard: la décision défavorable d'une cour d'appel sur un point de droit est compensée par le succès du ministère public sur d'autres moyens. [Souligné dans l'original.]

^h

Compte tenu de cette jurisprudence, je conclus qu'un appel est accueilli si une ordonnance est annulée, même si les motifs de l'annulation ne sont pas ce que l'appelant aurait souhaité.

ⁱ

La quatrième prémissse de l'argument veut que l'arrêt des procédures ait été levé (quoique implicitement). À la fin de ses motifs, le juge Tarnopolsky écrit, à la p. 552:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis d'accueillir l'appel dans la mesure où l'al. 394(1)b) a été annulé en totalité, mais

respect to the invalidity of the reverse onus clause. Thus, I would merely strike out the words "he establishes that", in that provision. [Emphasis in original.]

However, the formal order of the Court of Appeal reads:

THIS COURT DID ORDER the appeal against the Order should be and the same was thereby allowed to the extent that, with the exception of the words "he establishes that" which are struck out, the validity of the remainder of section 394(1)(b) of the *Criminal Code of Canada* is upheld.

Nowhere did the Court of Appeal explicitly state that the stay was lifted. However, the lifting of the stay is implicit in the formal order — the appeal was for a lifting of the stay and, in the formal order, the Court of Appeal allowed the appeal. The omission on the part of the Court of Appeal to explicitly state that the stay was lifted could have been rectified in two ways (neither of which involved an appeal to this Court). First, the Crown could simply have proceeded to trial and, if faced with an objection from the defence, argued that the lifting of the stay could be read into the formal order. Second, the Court of Appeal could have been prevailed upon to explicitly lift the stay and give the Crown directions as to how to proceed. An appellate court has the power to amend a judgment which has been drawn up and entered. In *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] S.C.R. 186, this Court discussed an inherent jurisdiction in this Court to amend a judgment: "(1) Where there has been a slip in drawing it up, or (2) Where there has been error in expressing the manifest intention of the court" (p. 188). In Ontario, where the *Criminal Appeal Rules*, SI/93-169, adopt the rules governing appeals in civil cases, a motion might have been made pursuant to Rule 59.06(1) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. Therefore, the Court of Appeal's failure to explicitly lift the stay should have been addressed by way of the Crown simply proceeding with a trial or making an application to the Court of Appeal rather than an appeal to this

je suis d'avis de le rejeter relativement à l'invalidité de la disposition portant inversion du fardeau de la preuve. Ainsi, je suis d'avis de ne radier de cette disposition que les mots «il n'établisse qu'». [En italique dans l'original.]

Toutefois, l'ordonnance formelle de la Cour d'appel se lit ainsi:

[TRADUCTION] NOTRE COUR ACCUEILLE l'appel b interjeté contre l'ordonnance dans la mesure où, à l'exception des mots «il n'établisse qu'» qui sont radiés, la validité du reste de l'al. 394(1)b) du *Code criminel du Canada* est maintenue.

c Nulle part la Cour d'appel n'a-t-elle affirmé expressément que l'arrêt des procédures était levé. Toutefois, cela ressort implicitement de l'ordonnance formelle — l'appel visait la levée de l'arrêt des procédures et, dans son ordonnance formelle, la Cour d'appel a accueilli l'appel. Il aurait pu être remédié de deux façons (dont ni l'une ni l'autre n'implique un pourvoi devant notre Cour) à l'omission de la Cour d'appel d'affirmer expressément que l'arrêt des procédures était levé. Premièrement, le ministère public aurait pu simplement passer au procès et soutenir que la levée de l'arrêt des procédures pouvait être considérée comme étant incluse dans l'ordonnance formelle, si la défense avait soulevé une objection. Deuxièmement, la Cour d'appel aurait pu être persuadée de lever explicitement l'arrêt des procédures et de donner au ministère public des instructions sur la façon de procéder. Une cour d'appel a le pouvoir de modifier un jugement rédigé et inscrit. Dans l'arrêt *Paper Machinery Ltd. c. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 186, notre Cour a analysé la compétence inhérente qu'elle possède h pour modifier un jugement: [TRADUCTION] «(1) lorsqu'il y a eu lapsus en le rédigeant, où (2) lorsqu'il y a eu une erreur dans l'expression de l'intention manifeste de la cour» (p. 188). En Ontario, où i les *Règles de procédure de la Cour d'appel en matière criminelle*, TR/93-169, adoptent les règles applicables aux appels en matière civile, une requête aurait pu être présentée conformément au par. 59.06(1) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194. Par conséquent, le ministère public aurait dû remédier à l'omission de la j Cour d'appel de lever expressément l'arrêt des

Court. Thus, although the stay was not lifted explicitly, it was lifted implicitly.

I therefore conclude that the appeal was allowed and, accordingly, this Court has no jurisdiction under s. 693(1)(b) to hear the appeal.

B. Section 40 of the Supreme Court Act

At first glance, s. 674 of the *Criminal Code* appears to preclude an appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*. Section 674 of the *Criminal Code* states that:

No proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences.

However, for the reasons given in my judgment in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, s. 674 of the *Criminal Code* does not limit the jurisdiction provided to the Supreme Court of Canada by s. 40(1) of the *Supreme Court Act* in the circumstances of this case.

At first glance, s. 40(3) of the *Supreme Court Act* also appears to preclude an appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*. Section 40(3) states that:

40. . .

(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.

However, an appeal against a ruling on the constitutionality of a law is not an appeal from a judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of

procédures en passant simplement au procès ou en présentant une demande à la Cour d'appel plutôt qu'en se pourvoyant devant notre Cour. Ainsi, même si l'arrêt des procédures n'a pas été levé expressément, il l'a été implicitement.

Je conclus donc que l'appel a été accueilli et que, pour cette raison, notre Cour n'est pas compétente, aux termes de l'al. 693(1)b), pour entendre le pourvoi.

B. L'article 40 de la Loi sur la Cour suprême

À première vue, l'art. 674 du *Code criminel* paraît empêcher la formation d'un pourvoi devant notre Cour en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. L'article 674 du *Code criminel* prévoit que:

Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.

Toutefois, pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, l'art. 674 du *Code criminel* ne limite pas, dans les circonstances de la présente affaire, la compétence conférée à la Cour suprême du Canada par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Au premier abord, le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême* paraît également empêcher la formation d'un pourvoi devant notre Cour en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. Le paragraphe 40(3) se lit ainsi:

40. . .

(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.

Or, le pourvoi formé contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit n'est pas un pourvoi contre le jugement d'une cour qui prononce un acquittement ou une déclaration de cul-

an indictable offence. Therefore, it is not precluded by s. 40(3).

Section 40(1) of the *Supreme Court Act* states ^a that:

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

For an appeal under s. 40(1), the judgment appealed against must be the final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case. An appeal against a ruling on the constitutionality of a law that cannot be piggybacked onto proceedings set out in the *Criminal Code* is a judgment of the highest court of final resort in a province in which judgment can be had in the particular case for the purposes of s. 40(1). Therefore, this Court has jurisdiction under s. 40(1) to grant leave to appeal against a ruling on the constitutionality of a law that cannot be piggybacked onto proceedings set out in the *Criminal Code*.

To find otherwise would be to accept an absurd consequence. Consider the following example. In a trial on a charge of operating a motor vehicle while impaired, a Superior Court judge in Ontario declares s. 256 of the *Criminal Code* (warrants to obtain blood samples) unconstitutional and inoper-

pabilité ou qui annule ou confirme l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel. Par conséquent, il n'est pas écarté par le par. 40(3).

Le paragraphe 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* est ainsi rédigé:

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

Dans le cas d'un pourvoi fondé sur le par. 40(1), le jugement qui en fait l'objet doit être un jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures. L'appel interjeté contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit qui ne peut relever des procédures énoncées dans le *Code criminel* est un jugement rendu par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question aux fins du par. 40(1). Par conséquent, en vertu du par. 40(1), notre Cour est compétente pour accorder l'autorisation de pourvoir contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit qui ne peut relever des procédures énoncées dans le *Code criminel*.

Conclure autrement reviendrait à accepter une conséquence absurde. Prenons l'exemple suivant. Dans un procès relatif à une accusation de conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies, un juge d'une cour supérieure de l'Ontario déclare l'art. 256 du *Code criminel* (mandats pour obtenir

ative and rules that the evidence obtained as a result of a warrant under this section is inadmissible. Despite this declaration, the accused is convicted on the remaining evidence. The accused chooses not to appeal this conviction. The Crown cannot appeal against the conviction through the *Criminal Code* (because no such appeal is provided for by Parts XXI and XXVI of the *Code*). Unless the analysis I propose is accepted, s. 256 will remain inoperative in Ontario unless and until one of the following four scenarios transpires. First, a case involving s. 256 of the *Criminal Code* comes before another Superior Court judge in Ontario, this second judge disagrees with the first judge and declares the section constitutional, the accused is convicted, the accused appeals the conviction to the Court of Appeal, and the Court of Appeal affirms the conviction. Second, a case involving s. 256 comes before another Superior Court judge in Ontario, this second judge agrees with the first judge on the constitutionality issue and acquits the accused, the Crown appeals the acquittal to the Court of Appeal, and the Court of Appeal declares the section constitutional. Third, a case involving s. 256 comes before a Superior Court judge of another province or territory, this judge declares the section unconstitutional, the accused is acquitted, the Crown appeals the acquittal to the Court of Appeal, the Court of Appeal affirms the acquittal, and the Crown successfully appeals against the Court of Appeal decision at the Supreme Court of Canada. Fourth, a case involving s. 256 comes before a Superior Court judge in another province or territory, this second judge disagrees with the first judge and declares the section unconstitutional, the accused is convicted, the accused appeals the conviction to the Court of Appeal, and the Court of Appeal affirms the conviction, and the accused successfully appeals against the Court of Appeal decision to the Supreme Court of Canada. If ever a finding of unconstitutionality coincides with a conviction, no appeal against the finding of unconstitutionality will be available if the accused chooses not to appeal.

des échantillons de sang) inconstitutionnel et inopérant, et statue que la preuve obtenue grâce au mandat décerné en vertu de cet article est inadmissible. En dépit de cette décision, l'accusé est déclaré coupable sur la foi des autres éléments de preuve. L'accusé choisit de ne pas en appeler de cette déclaration de culpabilité. Le ministère public ne peut interjeter appel de la déclaration de culpabilité en invoquant le *Code criminel* (parce que cet appel n'est pas prévu aux parties XXI et XXVI du *Code*). À moins que l'analyse que je propose ne soit acceptée, l'art. 256 demeurera inopérant en Ontario jusqu'à ce que l'un des quatre scénarios suivants se réalise. Premièrement, une affaire mettant en cause l'art. 256 du *Code criminel* arrive devant un autre juge d'une cour supérieure de l'Ontario. Ce second juge n'est pas d'accord avec le premier juge et déclare l'article constitutionnel. L'accusé est déclaré coupable et il interjette appel de la déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel qui la confirme. Deuxièmement, un autre juge d'une cour supérieure de l'Ontario est saisi d'une affaire mettant en cause l'art. 256. Ce second juge est d'accord avec le premier juge sur la question constitutionnelle et acquitte l'accusé. Le ministère public interjette appel de l'acquittement devant la Cour d'appel qui déclare l'article constitutionnel. Troisièmement, un juge d'une cour supérieure d'une autre province ou d'un autre territoire est saisi d'une affaire mettant en cause l'art. 256. Il déclare l'article inconstitutionnel, l'accusé est acquitté, et le ministère public interjette appel de l'acquittement devant la Cour d'appel qui le confirme. Le ministère public se pourvoit avec succès contre larrêt de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada. Quatrièmement, un juge d'une cour supérieure d'une autre province ou d'un autre territoire est saisi d'une affaire mettant en cause l'art. 256. Il n'est pas d'accord avec le premier juge et déclare l'article constitutionnel. L'accusé, déclaré coupable, interjette appel de la déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel qui la confirme. L'accusé se pourvoit avec succès contre larrêt de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada. Si jamais une conclusion à l'inconstitutionnalité coïncide avec une déclaration de culpabilité, la conclusion à l'inconstitutionnalité ne pourra faire l'objet d'aucun appel si l'accusé choisit de ne pas interjeter d'appel.

To me, such a consequence is absurd. First, the constitutionality of a law is left dependent upon the resolution of an issue completely unrelated to constitutionality, i.e., the guilt or innocence of the accused and upon his or her decision to appeal a conviction. Second, a law can be struck down by a Provincial or Superior Court judge and then left to hang there inoperative until some time in the future when another case on point happens to come before another judge and happens to result in a verdict that provides for an avenue of appeal through the *Criminal Code*. Just as an accused is entitled to his or her day in court, so too is the legislature. The legislature does not properly get this day in court if its ability to get to court on the issue of the constitutionality of a law is dependent upon the contingency of a particular finding of guilt or innocence coinciding with a *Criminal Code* avenue of appeal.

In order to avoid such absurdities and to indicate the direction in which I believe the analysis of the proper procedures for s. 52 challenges should go, I adopt my "dual proceedings, s. 40" analytical approach to appeals against successful s. 52 challenges to the constitutionality of laws.

C. Application of the Law to the Facts of the Case

The Crown's appeal against the Court of Appeal's ruling on the constitutionality of s. 394(1)(b) cannot be piggybacked onto proceedings set out in the *Criminal Code*. If the Crown proceeded to trial and the respondents were convicted, then there would be no order as to the constitutionality of the redrafted s. 394(1)(b) to appeal against. Therefore, the adverse constitutional ruling of the Court of Appeal is a judgment of the highest court of final resort and the Crown can seek leave to appeal under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. Therefore, this Court has jurisdiction to hear this appeal.

^g

^j

ⁱ

^h

^k

^l

^m

ⁿ

^o

^p

^q

^r

^s

^t

^u

^v

^w

^x

^y

^z

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{ll}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

^{xx}

^{yy}

^{zz}

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

^{xx}

^{yy}

^{zz}

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

^{xx}

^{yy}

^{zz}

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

^{xx}

^{yy}

^{zz}

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

^{xx}

^{yy}

^{zz}

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

^{xx}

^{yy}

^{zz}

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

^{xx}

^{yy}

^{zz}

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

^{xx}

^{yy}

^{zz}

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

^{xx}

^{yy}

^{zz}

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

^{xx}

^{yy}

^{zz}

^{aa}

^{bb}

^{cc}

^{dd}

^{ee}

^{ff}

^{gg}

^{hh}

ⁱⁱ

^{jj}

^{kk}

^{mm}

ⁿⁿ

^{oo}

^{pp}

^{qq}

^{rr}

^{ss}

^{tt}

^{uu}

^{vv}

^{ww}

<p

While the Crown did not seek leave under s. 40(1), this problem can be solved with a granting of leave by this Court under s. 40(1) *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto*.

Since writing these my reasons, I have read those of my colleague Sopinka J. as regards the s. 1 issues, and I fully agree with him.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

LA FOREST J. — In my view, this Court has jurisdiction to hear the appeal under s. 693(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, for the reasons set forth by Justice L'Heureux-Dubé under the following heading in her reasons: 2. *Section 693(1)(b) of the Criminal Code*. On the substantive issues, I agree with Justice Sopinka and would dispose of the appeal and answer the constitutional questions in the manner he proposes.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case concerns the constitutionality of s. 394(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, under which the respondents were charged on October 20, 1989. As well, it raises a preliminary question concerning the jurisdiction of this Court to hear this appeal.

I have had the opportunity to read the reasons of both the Chief Justice and Justice Sopinka. I agree with the Chief Justice that this Court has jurisdiction to hear this appeal. However, I disagree with his reasons. With respect to the substantive merits of the constitutional challenge, I agree with Sopinka J.'s reasons and with his disposition of the appeal. In these circumstances, I will deal only with the jurisdictional question.

I. The Procedural Background

As the Chief Justice has set forth the basic procedural background of this case in his reasons, it is

Bien que le ministère public n'ait pas demandé l'autorisation en vertu du par. 40(1), notre Cour peut régler ce problème en lui accordant rétrospectivement, de son propre chef, l'autorisation, à ^a valoir pour alors, de se pourvoir en vertu du par. 40(1).

Depuis que j'ai rédigé mes motifs, j'ai lu ceux que mon collègue le juge Sopinka a rédigés au sujet des questions relatives à l'article premier et je partage entièrement son opinion.

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE LA FOREST — J'estime que notre Cour a compétence pour entendre le pourvoi en vertu de l'al. 693(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et ce, pour les raisons exposées par le juge L'Heureux-Dubé sous la rubrique suivante de ses motifs de jugement: 2. *L'alinéa 693(1)b) du Code criminel*. Quant aux questions de fond, je partage l'avis du juge Sopinka et j'adopterai sa façon de statuer sur le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Cet appel porte sur la constitutionnalité de l'al. 394(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en vertu duquel les intimés ont été accusés le 20 octobre 1989. Se pose également la question préliminaire de la juridiction de notre Cour.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et du juge Sopinka. Je suis d'accord avec le ^h Juge en chef pour dire que notre Cour est compétente pour entendre le pourvoi, sans toutefois souscrire à ses motifs. En ce qui concerne le fond de la question constitutionnelle ici soulevée, je souscris aux motifs du juge Sopinka ainsi qu'au résultat auquel il arrive. Cela étant, je discuterai uniquement de la question de compétence.

I. Historique des procédures

Comme le Juge en chef a exposé, dans ses motifs, l'essentiel de l'historique des procédures

not necessary for me to refer to it at length. For ease of reference, however, I will briefly summarize the proceedings in this case.

On October 20, 1989, the respondents were charged under s. 394(1)(b) of the *Criminal Code*. On December 15, 1989, the respondents challenged the constitutionality of s. 394(1)(b) by way of a pre-trial motion before Boissonneault J. of the Ontario Court (General Division). Boissonneault J. considered the impugned provision and found that it violated s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Charter*: (1990), 62 C.C.C. (3d) 375, 4 C.R.R. (2d) 185. As a result, Boissonneault J. held that s. 394(1)(b) was of no force and effect and, on January 14, 1991, he issued a stay of proceedings.

The appellant then appealed to the Ontario Court of Appeal. At the Ontario Court of Appeal, as before us, the appellant conceded that the reverse onus provision in the impugned section violated s. 11(d) of the *Charter*. The Court of Appeal therefore only had to consider whether or not the reverse onus constituted a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Charter*. Tarnopolsky J.A., writing for the Court, held that the reverse onus did not constitute such a reasonable limit: (1992), 74 C.C.C. (3d) 538, 15 C.R. (4th) 198, 10 C.R.R. (2d) 321, 56 O.A.C. 97. However, unlike Boissonneault J., he did not hold that s. 394(1)(b) was of no force and effect in its entirety. Instead, he merely struck out the reverse onus clause. It is from this decision that the appellant appeals to this Court.

II. Jurisdiction of this Court to Hear this Appeal

The appellant submits that this Court has jurisdiction to hear this appeal by virtue of s. 693(1)(b) of the *Criminal Code*. The Chief Justice, on the other hand, concludes that s. 693(1)(b) does not provide this Court with jurisdiction to hear this appeal. Instead, he finds that such jurisdiction is conferred by s. 40(1) of the *Supreme Court Act*,

de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de m'y attarder. Pour en faciliter la compréhension, je me permettrai cependant un bref résumé des procédures.

Le 20 octobre 1989, les intimés ont été accusés en vertu de l'al. 394(1)b) du *Code criminel*. Le 15 décembre 1989, ils ont contesté la constitutionnalité de cet alinéa par voie de requête préliminaire devant le juge Boissonneault de la Cour de l'Ontario (Division générale). Après analyse, ce dernier a conclu que cet alinéa violait l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il n'était pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*: (1990), 62 C.C.C. (3d) 375, 4 C.R.R. (2d) 185. Le juge Boissonneault a, par conséquent, conclu que l'al. 394(1)b) était inopérant et il a, le 14 janvier 1991, ordonné l'arrêt des procédures.

L'appelante a alors interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. Elle y a admis, comme elle l'a fait devant nous, que la partie de l'article contesté portant inversion du fardeau de preuve contrevenait à l'al. 11d) de la *Charte*. La Cour d'appel s'est donc penchée uniquement sur la question de savoir si l'inversion du fardeau de preuve était une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge Tarnopolsky a conclu, au nom de la Cour, que ce n'était pas le cas: (1992), 74 C.C.C. (3d) 538, 15 C.R. (4th) 198, 10 C.R.R. (2d) 321, 56 O.A.C. 97. Toutefois, contrairement au juge Boissonneault, il n'a pas statué que l'al. 394(1)b) était inopérant au complet. Il a plutôt simplement radié la disposition portant inversion du fardeau de preuve. C'est contre cette décision que l'appelante se pourvoit devant notre Cour.

II. La compétence de notre Cour pour entendre le pourvoi

L'appelante fait valoir que notre Cour est compétente pour entendre le pourvoi en vertu de l'al. 693(1)b) du *Code criminel*. Par contre, le Juge en chef conclut que l'al. 693(1)b) ne confère pas à notre Cour une telle compétence. Il estime, au contraire, que cette compétence découle du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch.

R.S.C., 1985, c. S-26. I will consider each of these jurisdictional alternatives in turn.

1. Section 40(1) of the Supreme Court Act

Section 40(1) of the *Supreme Court Act* reads as follows:

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of . . . the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, . . . and leave to appeal from that judgment is . . . granted by the Supreme Court.

The Chief Justice concludes that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* provides this Court with jurisdiction to hear this appeal by adopting what he terms the “dual proceedings, s. 40” analytical approach to appeals against the results of s. 52 challenges to the constitutionality of laws during criminal proceedings. Applying this analytical approach, the Chief Justice concludes, at p. 982, that:

An appeal against a ruling on the constitutionality of a law that cannot be piggybacked onto proceedings set out in the *Criminal Code* is a judgment of the highest court of final resort in a province in which judgment can be had in the particular case for the purposes of s. 40(1). Therefore, this Court has jurisdiction under s. 40(1) to grant leave to appeal against a ruling on the constitutionality of a law that cannot be piggybacked onto proceedings set out in the *Criminal Code*.

In other words, the Chief Justice holds that when the constitutionality of a law is challenged during a criminal proceeding, the constitutional challenge is effectively a separate proceeding. While it is usually decided in conjunction with the criminal issue, if it can no longer be piggybacked onto appellate proceedings set out in the *Criminal Code*, it can be appealed to the Supreme Court of Canada, with leave to appeal, by virtue of s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

S-26. J'examinerai chacune de ces deux options à tour de rôle.

a 1. Le paragraphe 40(1) de la Loi sur la Cour suprême

Le paragraphe 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* se lit ainsi:

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par [. . .] le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures [. . .] et lorsqu'elle accorde [. . .] l'autorisation d'en appeler.

Le Juge en chef conclut que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* confère à notre Cour compétence pour entendre le pourvoi, en adoptant l'analyse fondée sur ce qu'il appelle les «doubles procédures et l'art. 40» pour aborder les appels interjetés, en vertu de l'art. 52, contre la constitutionnalité de lois au cours d'instances criminelles. Appliquant cette méthode analytique, le Juge en chef conclut ceci, à la p. 982:

f L'appel interjeté contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit qui ne peut relever des procédures énoncées dans le *Code criminel* est un jugement rendu par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question aux fins du par. 40(1). Par conséquent, en vertu du par. 40(1), notre Cour est compétente pour accorder l'autorisation de pourvoi contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit qui ne peut relever des procédures énoncées dans le *Code criminel*.

h En d'autres termes, le Juge en chef conclut que, lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est attaquée au cours d'une instance criminelle, cette contestation est en fait une instance distincte. **i** Bien qu'elle soit habituellement tranchée conjointement avec la question criminelle, si elle ne peut plus relever des procédures d'appel énoncées dans le *Code criminel*, elle peut, en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour suprême du Canada, avec l'autorisation de celle-ci.

With respect, I disagree with the Chief Justice's "dual proceedings, s. 40" approach for the following reasons.

To begin, there is no doubt in my mind that the proceedings in question, including the constitutional challenge, are criminal proceedings. The proceedings arise out of a criminal trial and concern provisions of the *Criminal Code*. Since it is a well established principle that all criminal appeals must be specifically created by statute (*Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 959 (*per* McIntyre J.); *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1774), for an appeal to this Court to be possible in the case at hand, it too must be specifically established by statute. The Chief Justice suggests that the statutory authority for an appeal to this Court in the case at hand is provided by virtue of s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. However, this case concerns an appeal from an interlocutory ruling arising out of a pre-trial motion. While s. 40(1) has in the past been held to provide this Court with jurisdiction to hear interlocutory appeals in civil matters (*Bar of the Province of Quebec v. Ste-Marie*, [1977] 2 S.C.R. 414), it has not been so interpreted with respect to interlocutory criminal appeals. Furthermore, it is well settled that there should be no interlocutory criminal appeals: *Mills, supra; Meltzer, supra; Sopinka and Gelowitz, The Conduct of an Appeal* (1993), at pp. 78-79. Consequently, the Chief Justice's "dual proceedings, s. 40" approach, is, in my view, inconsistent with the jurisprudence of this Court concerning interlocutory criminal appeals in that it appears to open the door to such appeals, a door which, as I already mentioned, was firmly closed by this Court in *Mills, supra*, and *Meltzer, supra*. For example, at p. 959 of *Mills, supra*, McIntyre J., writing on behalf of himself, Beetz and Chouinard JJ., held:

The question has been raised as to whether there can be something in the nature of an interlocutory appeal in which a claimant for relief under s. 24(1) of the *Charter* may appeal immediately upon a refusal of his claim and

En toute déférence, je ne suis pas d'accord, pour les raisons qui suivent, avec la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40» que préconise le Juge en chef.

Premièrement, il ne fait aucun doute dans mon esprit que les procédures en cause, y compris la contestation constitutionnelle, sont des procédures criminelles. Elles découlent d'un procès criminel et portent sur des dispositions du *Code criminel*. Puisqu'il est bien établi que tous les appels en matière criminelle doivent être prévus explicitement par une loi (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 959 (le juge McIntyre), *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1774), il faut, pour qu'un pourvoi puisse être ici formé devant notre Cour, qu'il soit expressément prévu par une loi. Le Juge en chef laisse entendre que c'est le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* qui permet de former ce pourvoi devant notre Cour. Toutefois, il s'agit en l'occurrence d'un pourvoi contre une décision interlocutoire sur une requête préliminaire. Bien que, dans le passé, on ait jugé que le par. 40(1) confère à notre Cour compétence pour entendre les appels interlocutoires en matière civile (*Barreau du Québec c. Ste-Marie*, [1977] 2 R.C.S. 414), on ne lui a pas donné la même interprétation quant aux appels interlocutoires en matière criminelle. De plus, il est bien établi qu'il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires en matière criminelle: *Mills*, précité; *Meltzer*, précité; *Sopinka et Gelowitz, The Conduct of an Appeal* (1993), aux pp. 78 et 79. En conséquence, j'estime que la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40», que préconise le Juge en chef, est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour concernant les appels interlocutoires en matière criminelle, du fait qu'elle paraît leur ouvrir une porte qui, comme je l'ai déjà mentionné, a été fermée à double tour par notre Cour dans les arrêts *Mills* et *Meltzer*, précités. Par exemple, à la p. 959 de l'arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre conclut, en son propre nom et en celui des juges Beetz et Chouinard:

On a posé la question de savoir s'il peut y avoir quelque chose de la nature d'un appel interlocutoire grâce auquel le requérant en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait, en cas de rejet de sa demande, en appelle

before the trial is completed. It has long been a settled principle that all criminal appeals are statutory and that there should be no interlocutory appeals in criminal matters. This principle has been reinforced in our *Criminal Code* (s. 602 [now s. 674], *supra*) prohibiting procedures on appeal beyond those authorized in the *Code*. It will be observed that interlocutory appeals are not authorized in the *Code*. [Emphasis added.]

As a result, it was held in *Mills* (at p. 959) that:

The appeal will follow the normal, established procedure. When the trial is completed the appeal may be taken against the decision or verdict reached and the alleged error in respect of the claim for *Charter* relief will be a ground of appeal.

This reasoning is equally applicable in the case at hand. While it is true that both *Mills*, *supra*, and *Meltzer*, *supra*, dealt with the possibility of appealing interlocutory criminal rulings under s. 24(1) of the *Charter*, the same reasoning applies, in my view, to a constitutional challenge under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. There are strong policy reasons for not permitting such interlocutory criminal appeals. Specifically, such appeals, if permitted, would fragment the criminal trial process and cause potentially lengthy delays: *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott* (1984), 41 C.R. (3d) 262 (Ont. C.A.), at pp. 273-74, and *R. v. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269 (C.A.).

Admittedly, this appeal raises somewhat special circumstances in that it is from a pre-trial motion that has already been heard at both the trial level and on appeal to the Court of Appeal. The appellate proceedings at the Court of Appeal were expressly authorized by s. 676(1)(c) of the *Criminal Code* in light of the imposition of a stay of proceedings by the Ontario Court (General Division). Nonetheless, since the stay was lifted by the Court of Appeal, the proceedings at issue clearly are interlocutory in nature. Consequently, unless expressly authorized, no appeal should be permitted from the Court of Appeal decision. To hold otherwise would open the door to interlocutory

procédures immédiatement et avant la fin du procès. Selon un principe bien établi, les seuls appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi et il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires dans les affaires criminelles. Ce principe se trouve renforcé par notre *Code criminel* (art. 602 [maintenant l'art. 674], précité) qui interdit les procédures d'appel qui ne sont pas autorisées par le *Code*. Soulignons que celui-ci ne prévoit pas d'appels interlocutoires. [Je souligne.]

On statue donc ainsi, à la p. 959 de l'arrêt *Mills*:

L'appel se déroulera selon la procédure normale établie à cette fin. À l'issue du procès, il sera loisible de faire appel de la décision ou du verdict et l'erreur qui aurait été commise relativement à la demande de réparation en vertu de la *Charte* constituera un moyen d'appel.

Ce raisonnement est tout aussi applicable ici. Même s'il est vrai que les arrêts *Mills* et *Meltzer*, précités, portaient tous deux sur la possibilité d'interjeter appel contre des décisions interlocutoires rendues en matière criminelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, le même raisonnement s'applique, à mon avis, à une contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il existe de solides raisons de principe d'interdire pareils appels interlocutoires en matière criminelle. Plus précisément, s'ils étaient autorisés, ces appels fragmenteraient le processus du procès criminel et risqueraient d'engendrer de longs délais: *R. c. Morgentaler, Smoling and Scott* (1984), 41 C.R. (3d) 262 (C.A. Ont.), aux pp. 273 et 274, et *R. c. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269 (C.A.).

Certes, les circonstances du présent pourvoi sont quelque peu particulières puisque ce dernier résulte d'une requête préliminaire qui a déjà été entendue en première instance et en appel devant la Cour d'appel. Les procédures d'appel devant la Cour d'appel étaient expressément autorisées par l'al. 676(1)c) du *Code criminel*, en raison de l'arrêt des procédures ordonné par la Cour de l'Ontario (Division générale). Néanmoins, puisque l'arrêt des procédures a été levé par la Cour d'appel, les procédures en question sont manifestement de nature interlocutoire. En conséquence, à moins qu'il ne soit expressément autorisé, aucun pourvoi contre la décision de la Cour d'appel ne devrait

criminal appeals from a wide assortment of pre-trial motions.

I am buttressed in this conclusion by La Forest J.'s reasoning in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53. *Kourtessis* concerned the constitutionality of s. 231.3 of the *Income Tax Act*, which authorized the issuance of search warrants. However, as here, a preliminary jurisdictional question was raised regarding the jurisdiction of this Court to hear the appeal in question. Two sets of reasons, concurring in the result, were written. Each received the support of three judges. La Forest J., writing for himself, myself and Cory J., held that the constitutional challenge in question was a criminal proceeding and that if the *Criminal Code* did not provide an appeal route none was available. The same is true in the case at bar.

I do note, however, that in *Kourtessis, supra*, this Court allowed the challenge of the legislation to proceed by way of a declaration, noting (at pp. 86-87) that:

I t by no means follows, however, that the declaratory judgment should be widely used as a separate collateral procedure to, in effect, create an automatic right of appeal where Parliament has, for sound policy reasons, refused to do so. I t must be remembered that the inherent power of the courts to declare laws invalid is a discretionary one, and that discretion must be used on a proper basis. If the power is routinely used whenever any particular step in a criminal proceeding is thought to be unconstitutional, it would result in bringing through the back door all the problems Parliament sought to avoid by restricting appeals. [Emphasis added.]

Similarly, use of the "dual proceedings, s. 40" suggested by the Chief Justice would, in my opinion, bring through the back door all the problems sought to be avoided by limiting interlocutory criminal appeals and as a result should be rejected.

A further difficulty with the Chief Justice's "dual proceedings, s. 40" approach arises from its similarity to the reference procedures under s. 53

être possible. Autrement, on ouvrirait la porte aux appels interlocutoires en matière criminelle contre une grande variété de requêtes préliminaires.

Ma conclusion est renforcée par le raisonnement du juge La Forest dans *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53. Dans cette affaire, on contestait la constitutionnalité de l'art. 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui autorisait la délivrance de mandats de perquisition. Toutefois, comme ici, une question préliminaire a été soulevée au sujet de la compétence de notre Cour pour entendre le pourvoi en question. Deux séries de motifs concordants quant au résultat ont été écrits. Chacun a reçu l'appui de trois juges. Le juge La Forest a conclu, en son propre nom, en mon nom et en celui du juge Cory, que la contestation constitutionnelle en question était une procédure criminelle et que, si le *Code criminel* ne prévoyait pas d'appel, aucun n'était possible. Le même raisonnement s'applique en l'espèce.

Je remarque toutefois que, dans l'arrêt *Kourtessis*, précité, notre Cour a permis que la loi soit contestée par voie de jugement déclaratoire (aux pp. 86 et 87):

Toutefois, il ne s'ensuit absolument pas que le jugement déclaratoire devrait être généralement utilisé comme procédure incidente distincte pour en fait créer un droit d'appel automatique dans les cas où le Parlement a, pour des raisons de principe valables, refusé de le faire. Il faut se rappeler que le pouvoir inhérent des tribunaux d'invalider une loi est un pouvoir discrétaire qui doit être utilisé judicieusement. Si ce pouvoir était utilisé systématiquement chaque fois que l'on croit qu'une étape particulière d'une poursuite criminelle est inconstitutionnelle, cela reviendrait à soulever indirectement tous les problèmes que le Parlement a cherché à éviter en restreignant les appels. [Je souligne.]

De même, j'estime que le recours à la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40», proposée par le Juge en chef, soulèverait indirectement tous les problèmes que l'on cherche à éviter en limitant les appels interlocutoires en matière criminelle, et qu'elle devrait donc être écartée.

Une difficulté additionnelle résulte de la similitude qui existe entre la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40», que préconise le Juge en

of the *Supreme Court Act*. Consider, for example, the following scenario put forward by the Chief Justice, at pp. 982-83 of his reasons:

In a trial on a charge of operating a motor vehicle while impaired, a Superior Court judge in Ontario declares s. 256 of the *Criminal Code* (warrants to obtain blood samples) unconstitutional and inoperative and rules that the evidence obtained as a result of the warrant under this section is inadmissible. Despite this declaration, the accused is convicted on the remaining evidence. The accused chooses not to appeal this conviction.

Under the Chief Justice's "dual proceedings, s. 40" approach, the Crown would be permitted to appeal the constitutional finding of the trial judge regarding s. 256 of the *Criminal Code* directly to the Supreme Court of Canada, with leave to appeal. However, while the Crown is likely to actively participate in such an appeal, the accused is unlikely to do the same. After all, why should the accused spend money and resources to participate in proceedings that will not in any way affect his or her guilt or innocence or the length of his or her sentence. Thus, in such an appeal, the Court would hear from the appellant, but not the respondent. In addition, one or more interveners might choose to participate. In many ways, the resulting proceeding would be similar to a reference under s. 53 of the *Supreme Court Act*. A significant difference, however, would be that the resulting proceeding would be started by a decision of the provincial Attorney General, while a reference under s. 53 of the *Supreme Court Act* must be started by the Governor in Council. Thus, the Chief Justice's "dual proceedings, s. 40" approach effectively confers upon provincial Attorneys General the ability to "refer" federal criminal legislation to the Supreme Court on a "reference"-type proceeding. In my opinion, such an expansion of the "reference" jurisdiction of this Court should be left to Parliament.

chef, et les procédures de renvoi prévues à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. Prenons, par exemple, le scénario suivant avancé par le Juge en chef, aux pp. 982 et 983 de ses motifs:

^a

Dans un procès relatif à une accusation de conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies, un juge d'une cour supérieure de l'Ontario déclare l'art. 256 du *Code criminel* (mandats pour obtenir des échantillons de sang) inconstitutionnel et inopérant, et statue que la preuve obtenue grâce au mandat décerné en vertu de cet article est inadmissible. En dépit de cette décision, l'accusé est déclaré coupable sur la foi des autres éléments de preuve. L'accusé choisit de ne pas en appeler de cette déclaration de culpabilité.

^b

Selon la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40» que préconise le Juge en chef, le ministère public serait autorisé à se pourvoir directement devant la Cour suprême du Canada, avec l'autorisation de celle-ci, contre la décision du juge de première instance relative à la constitutionnalité de l'art. 256 du *Code criminel*. Toutefois, bien qu'il soit vraisemblable que le ministère public participera activement à un tel pourvoi, il est peu probable que l'accusé en fera autant. Après tout, pourquoi ce dernier consacrerait-il argent et ressources pour participer à des procédures qui ne changeront absolument rien à sa culpabilité ou à son innocence ou à la longueur de sa sentence. Ainsi, dans un tel pourvoi, la Cour entendrait l'appelant, mais non l'intimé. En outre, un ou plusieurs intervenants pourraient choisir de participer. À bien des égards, la procédure qui en résulterait serait assimilable à un renvoi fondé sur l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, à cette importante différence toutefois qu'elle serait déclenchée par une décision du procureur général provincial, alors que le renvoi prévu à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* doit être déclenché par le gouverneur en conseil. La méthode des «doubles procédures et de l'art. 40», que préconise le Juge en chef, confère donc effectivement aux procureurs généraux des provinces la capacité de soumettre une mesure législative fédérale en matière criminelle au jugement de la Cour suprême dans le cadre d'une procédure du genre «renvoi». À mon avis, un tel élargissement de la compétence de notre Cour en matière de «renvoi» devrait être laissé au Parlement.

^c^d^e^f^gⁱ^j

The arguments outlined above are, in my opinion, sufficient to warrant rejecting the Chief Justice's "dual proceedings, s. 40" approach. However, I also have one further concern. Specifically, the Chief Justice's "dual proceedings, s. 40" approach may be inconsistent with s. 674 of the *Criminal Code*, which provides that:

No proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences. ^b

To address this issue, the Chief Justice holds (at p. 981) that:

... s. 674 of the *Criminal Code* does not limit the jurisdiction provided to the Supreme Court of Canada by s. 40(1) of the *Supreme Court Act* in the circumstances of this case. ^c

In support of this proposition, he relies on his reasons in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. In *Dagenais*, he refers to cases such as *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481; *R. v. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384 (S.C.C.); *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; and *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212. However, while these cases all appear to implicitly hold that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* is not limited by s. 674 of the *Criminal Code*, none of these cases explicitly refer, in this respect, to s. 674 of the *Criminal Code* or to its interaction with s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. Consequently, it is not clear from these cases that this Court's jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act* is in all circumstances unaffected by s. 674 of the *Criminal Code*. In addition, it is not clear that these cases support the Chief Justice's conclusion with respect to the interaction between s. 40(1) and s. 674 in the case at hand. While I do not find it necessary on the facts of this case to rule conclusively on this question, I do find it necessary to emphasize that the exact nature of the interaction between s. 674 of the *Criminal Code* and s. 40(1) of the *Supreme Court Act* remains an open question. ^j

Les arguments qui précèdent sont, à mon avis, suffisants pour justifier le rejet de la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40» que préconise le Juge en chef. J'ai, cependant, une autre préoccupation. Plus précisément, cette méthode des «doubles procédures et de l'art. 40» est potentiellement incompatible avec l'art. 674 du *Code criminel*, qui se lit ainsi:

Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.

Afin de résoudre la question, le Juge en chef écrit, à la p. 981:

... l'art. 674 du *Code criminel* ne limite pas, dans les circonstances de la présente affaire, la compétence conférée à la Cour suprême du Canada par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. ^d

À l'appui de cette proposition, il invoque ses motifs dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Dans l'arrêt *Dagenais*, il renvoie à des arrêts comme *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481; *R. c. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384 (C.S.C.); *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; et *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212. Cependant, bien qu'ils paraissent tous conclure implicitement que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* n'est pas limité par l'art. 674 du *Code criminel*, aucun de ces arrêts ne renvoie explicitement, à cet égard, à l'art. 674 du *Code criminel* ou à son interaction avec le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Il n'en ressort donc pas clairement que la compétence conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* n'est en aucun cas touchée par l'art. 674 du *Code criminel*. En outre, il n'est pas évident que ces arrêts étaient la conclusion que le Juge en chef a tirée, en l'espèce, au sujet de l'interaction du par. 40(1) et de l'art. 674. Bien que, compte tenu des faits de la présente affaire, je ne juge pas nécessaire de trancher définitivement cette question, j'estime qu'il est nécessaire de souligner que la question de la nature exacte de l'interaction de l'art. 674 du *Code criminel* et du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* demeure entière. ⁱ

Therefore, for all of the above reasons, I reject the Chief Justice's "dual proceedings, s. 40" approach and conclude that s. 40 of the *Supreme Court Act* does not provide this Court with jurisdiction to hear the present appeal. However, even if I had accepted the Chief Justice's "dual proceedings, s. 40" approach, which I do not, I would have still found, on the facts of this case, that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* does not provide this Court with jurisdiction to hear this appeal. Specifically, I would have found that this case does not satisfy the criteria under the "dual proceedings, s. 40" approach for an appeal to this Court from a constitutional ruling in a criminal proceeding. This is because, in this case, certain proceedings, including a trial and any subsequent appeals, are still pending. As a result, the constitutionality of s. 394(1)(b) might still arrive before this Court through normal appellate procedures and it is impossible to conclude that the constitutional question at issue could not ultimately be "piggybacked onto proceedings set out in the *Criminal Code*".

2. Section 693(1)(b) of the *Criminal Code*

Section 693(1)(b) reads as follows:

693. (1) Where a judgment of a court of appeal . . . dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada. [Emphasis added.]

As the Chief Justice notes, given the wording in s. 693(1)(b), the jurisdiction of this Court to hear this appeal under s. 693(1)(b) turns on the meaning of "dismisses".

The Chief Justice argues that the Court of Appeal did not dismiss the Crown's appeal from

Par conséquent, pour tous les motifs qui précédent, je rejette la méthode des «doubles procédures et l'art. 40», que préconise le Juge en chef, et je conclus que l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* ne confère pas à notre Cour la compétence pour entendre le présent pourvoi. Toutefois, même si j'avais accepté cette méthode, ce qui n'est pas le cas, j'aurais tout de même conclu que, selon les faits de la présente affaire, le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* ne confère pas à notre Cour compétence pour entendre le pourvoi. Plus précisément, j'aurais conclu que la présente affaire ne satisfait pas aux critères de la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40», applicables à un pourvoi devant notre Cour contre une décision en matière de constitutionnalité dans une instance criminelle. Il en est ainsi parce qu'en l'espèce certaines procédures, dont un procès et tout appel subséquent, sont toujours pendantes. En conséquence, la question de la constitutionnalité de l'al. 394(1)b) pourrait toujours être soumise à notre Cour par le biais des procédures normales d'appel, et il est impossible de conclure que la question constitutionnelle en cause ne saurait, en fin de compte, «relever des procédures énoncées dans le *Code criminel*».

2. L'alinéa 693(1)b) du *Code criminel*

L'alinéa 693(1)b) se lit ainsi:

693. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel [...] rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 676(1)a), b) ou c) ou du paragraphe 676(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada. [Je souligne.]

Comme le Juge en chef le fait remarquer, étant donné le texte de l'al. 693(1)b), la compétence de notre Cour pour entendre le présent pourvoi, en vertu de l'al. 693(1)b), repose sur le sens du mot «rejette».

The Chief Justice argues that the Court of Appeal did not dismiss the Crown's appeal from

Le Juge en chef fait valoir que la Cour d'appel n'a pas rejeté l'appel du ministère public contre la

the decision of the Ontario Court (General Division) and that as a result no appeal lies to this Court under s. 693(1)(b). Technically speaking, this is correct. The order of the Ontario Court (General Division) that was appealed to the Court of Appeal was an order granting a stay of proceedings. This stay of proceedings was lifted, albeit implicitly, by the Court of Appeal. Thus, technically speaking, the order was reversed and the appeal was allowed. However, in my opinion, such an analysis is an overly formalistic approach to appellate jurisdiction under the *Criminal Code*.

In substance, this appeal concerned not the stay of proceedings, but the decision of the Ontario Court (General Division) to strike down s. 394(1)(b) of the *Criminal Code* on the grounds that it violated the *Charter* because of its reverse onus clause. With respect to this issue, the Crown, for all intents and purposes, lost its appeal. The Court of Appeal held that the reverse onus clause in s. 394(1)(b) infringed s. 11(d) of the *Charter* and was not a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Charter*. However, instead of striking down the entire provision, the Court of Appeal held that the provision could stand but that the reverse onus clause would be struck out. Thus, effectively, the Ontario Court (General Division) and the Ontario Court of Appeal agreed on everything but the remedy. The Ontario Court (General Division) struck out the whole provision; the Ontario Court of Appeal only struck out the reverse onus provision. In other words, although on appeal the Crown won with respect to the remedy, it lost on every issue of substance it raised.

The Chief Justice suggests that in determining whether or not an appeal was dismissed we must look only at the order of the appellate court, not its reasons. Thus he advocates putting form above substance in determining whether or not an appeal was allowed. At page 978, he holds:

décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) et que, par conséquent, aucun pourvoi devant notre Cour n'est possible en vertu de l'al. 693(1)b). Techniquement, cela est exact. L'ordonnance de la Cour de l'Ontario (Division générale) qui a fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel accordait un arrêt des procédures. Cet arrêt des procédures a été levé, quoique implicitement, par la Cour d'appel. Ainsi, techniquement, l'ordonnance a été annulée et l'appel accueilli. Toutefois, j'estime que cette analyse est une façon trop formaliste d'aborder la compétence en matière d'appel prévue au *Code criminel*.

c

Essentiellement, le présent pourvoi porte non pas sur l'arrêt des procédures, mais sur la décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) d'annuler l'al. 394(1)b) du *Code criminel* pour le motif qu'il viole la *Charte* en raison de sa disposition portant inversion du fardeau de preuve. À cet égard, le ministère public a, à toutes fins utiles, perdu son appel. La Cour d'appel a conclu que la partie de l'al. 394(1)b) portant inversion du fardeau de preuve violait l'al. 11d) de la *Charte* et n'était pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Toutefois, plutôt que d'annuler l'article au complet, la Cour d'appel a décidé de le maintenir en annulant seulement la partie portant inversion du fardeau de preuve. Ainsi, la Cour de l'Ontario (Division générale) et la Cour d'appel de l'Ontario étaient d'accord sur tout en réalité, sauf sur la réparation. La Cour de l'Ontario (Division générale) a annulé toute la disposition, alors que la Cour d'appel de l'Ontario n'a annulé que la partie portant inversion du fardeau de preuve. En d'autres termes, bien qu'en appel le ministère public ait obtenu gain de cause quant à la réparation, il a perdu relativement à toutes les questions de fond qu'il a soulevées.

i

The Juge en chef laisse entendre que, pour déterminer si un appel a été rejeté, il faut considérer uniquement l'ordonnance de la cour d'appel et non ses motifs. Il préconise donc de privilégier la forme sur le fond pour déterminer si un appel a été accueilli. À la page 978, il écrit:

Le Juge en chef laisse entendre que, pour déterminer si un appel a été rejeté, il faut considérer uniquement l'ordonnance de la cour d'appel et non ses motifs. Il préconise donc de privilégier la forme sur le fond pour déterminer si un appel a été accueilli. À la page 978, il écrit:

... an appeal is allowed if an order is reversed even if the reasons for the reversal are not what the appellant would have liked them to be.

In arriving at this conclusion, the Chief Justice relies on *R. v. Barnes, supra*, and *R. v. MacKenzie, supra*. Specifically, he cites the following passage from *Barnes* (at p. 466):

The Crown is not given by statute the ability to appeal to this Court a decision which allowed its appeal from an acquittal or judicial stay of proceedings, but which gave the Crown less than what had been requested. [Emphasis in original.]

The Chief Justice also cites the following passage from *MacKenzie* (at pp. 228-29):

The problem for the Crown in this case is that the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, albeit on a different issue than that which the Crown sought to pursue in this court. The Crown's overall success in the court below precluded any further appeal, or cross-appeal, to this Court.

As in *Barnes*, a court of appeal has allowed a Crown appeal, thereby precluding any appeal, or cross-appeal, by the Crown to this Court. The subdivision of a case on appeal into discrete grounds does not assist the Crown in this regard: an unfavourable ruling by a court of appeal on one point of law is overtaken by the Crown's success on other grounds. [Emphasis in original.]

While I agree with the Chief Justice as to the relevance of the aforementioned cases, I disagree with his interpretation of these cases. In my view, the effect of these cases is to hold that one cannot appeal reasons when one enjoyed "overall success in the court below" (*MacKenzie, supra*). This does not mean that form must triumph over substance in determining whether or not such "overall success" was enjoyed. In fact, the language of La Forest J. in *MacKenzie* supports looking at the substance of the decision below in order to determine whether "an unfavourable ruling by a court of appeal on one point of law is overtaken by ... success on other grounds". Thus, I adopt a "substance over form" approach to the interpretation of the term

... un appel est accueilli si une ordonnance est annulée, même si les motifs de l'annulation ne sont pas ce que l'appelant aurait souhaité;

a À l'appui de sa conclusion, le Juge en chef invoque les arrêts *R. c. Barnes* et *R. c. MacKenzie*, précités. Plus précisément, il cite l'extrait suivant de la p. 466 de l'arrêt *Barnes*:

b Le ministère public n'est pas, de par la loi, habilité à se pourvoir devant notre Cour contre une décision qui a accueilli l'appel qu'il avait interjeté d'un verdict d'acquittement ou d'un arrêt des procédures, mais qui lui a donné moins que ce qui avait été demandé. [Souligné dans l'original.]

Le Juge en chef cite également le passage suivant tiré des pp. 228 et 229 de l'arrêt *MacKenzie*:

d Le problème du ministère public en l'espèce est que la Cour d'appel a accueilli l'appel qu'il avait interjeté, bien que sur une question différente de celle qu'il a tenté de faire valoir devant nous. C'est la victoire globale qu'il a remportée devant la juridiction inférieure qui empêche le ministère public de se pourvoir, en appel ou en appel incident, devant notre Cour.

f Comme dans *Barnes*, une cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, empêchant ainsi tout pourvoi ou pourvoi incident de ce dernier devant notre Cour. La subdivision des moyens d'appel n'aide pas le ministère public à cet égard: la décision défavorable d'une cour d'appel sur un point de droit est compensée par le succès du ministère public sur d'autres moyens. [Souligné dans l'original.]

i Bien que je partage l'avis du Juge en chef quant à la pertinence des arrêts susmentionnés, je ne souscris pas à l'interprétation qu'il leur donne. À mon sens, ces arrêts concluent qu'une partie ne saurait interjeter appel des motifs lorsqu'elle a remporté une «victoire globale [...] devant la juridiction inférieure» (*MacKenzie*, précité). Cela ne signifie pas que la forme doive l'emporter sur le fond pour déterminer si une «victoire globale» a été remportée. En fait, les propos du juge La Forest, dans l'arrêt *MacKenzie*, appuient le fait de tenir compte du fond de la décision du tribunal d'instance pour déterminer si «la décision défavorable d'une cour d'appel sur un point de droit est compensée par le succès [...] sur d'autres

"dismisses" in s. 693(1)(b) of the *Criminal Code*. This, of course, does not mean that an appellant can appeal under s. 693(1)(b) where it enjoyed "overwhelming success" but merely disagrees with some of the reasons offered by the appellate court. However, where the appellant suffered "overwhelming failure" at the Court of Appeal, as here, it would have the right to appeal to this Court, with leave, under s. 693(1)(b) of the *Criminal Code*, regardless of whether or not the appeal to the Court of Appeal was, technically speaking, dismissed.

I find support for such a "substance over form" approach to appellate jurisdiction in the decision of this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. In *Jewitt* this Court held that a "stay of proceedings" is tantamount to an acquittal and therefore subject to appeal under the *Criminal Code*. This interpretation was later specifically endorsed by Parliament which amended the *Criminal Code* to make it clear that the Crown could appeal from such "stays of proceedings".

Such a "substance over form" interpretation is also consistent with my dissent in *Barnes, supra*, which rejected an interpretation of a general rule of appellate jurisdiction which "smack[ed] of formulaic justice" (p. 478).

3. Conclusion

In conclusion, I find that this Court has jurisdiction to hear this appeal by virtue of s. 693(1)(b) of the *Criminal Code*. Even if this appeal can be classified as interlocutory in nature, it can proceed because it is authorized, in my view, by the express wording of s. 693(1)(b) of the *Criminal Code*.

III. Disposition

Having found that this Court has jurisdiction to hear this appeal by virtue of s. 693(1)(b) of the

moyens». Ainsi, j'adopte une approche qui privilégié «le fond sur la forme» dans mon interprétation du mot «*rejette*» de l'al. 693(1)b du *Code criminel*. Il va sans dire que cela ne signifie pas que, pour interjeter appel, l'appelant puisse invoquer l'al. 693(1)b lorsqu'il a remporté une «victoire écrasante», mais qu'il ne partage simplement pas certains motifs du jugement de la cour d'appel. Toutefois, lorsque l'appelant a subi une «défaite écrasante» devant la cour d'appel, comme c'est le cas en l'espèce, il aurait, en vertu de l'al. 693(1)b du *Code criminel*, le droit de se pourvoir devant notre Cour, avec l'autorisation de celle-ci, peu importe que l'appel devant la Cour d'appel ait, techniquement, été ou non rejeté.

L'arrêt de notre Cour dans *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, appuie l'approche qui privilégié «le fond sur la forme» en matière de juridiction d'appel. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu qu'un «arrêt des procédures» équivaut à un acquittement et qu'il peut donc faire l'objet d'un appel en vertu du *Code criminel*. Cette interprétation a plus tard été sanctionnée expressément par le législateur qui a modifié le *Code criminel* de manière à préciser que le ministère public pouvait interjeter appel de tels «arrêts de procédures».

Pareille interprétation, qui privilégié «le fond sur la forme», est également compatible avec ma dissidence dans l'arrêt *Barnes*, précité, qui a rejeté l'interprétation d'une règle générale, en ce qui a trait à la juridiction d'une cour d'appel, qui «relève du pur formalisme» (p. 478).

3. Conclusion

En conclusion, notre Cour est, à mon avis, compétente pour entendre le présent pourvoi en vertu de l'al. 693(1)b du *Code criminel*. Même si cet appel peut être considéré comme étant de nature interlocutoire, il peut être entendu parce qu'il est, à mon avis, autorisé par le texte explicite de l'al. 693(1)b du *Code criminel*.

III. Dispositif

Ayant conclu que notre Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi en vertu de l'al.

Criminal Code, I would dispose of the substantive merits of the constitutional challenge as does my colleague Sopinka J.

The judgment of Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. — I agree with the Chief Justice's conclusion that this Court has jurisdiction to hear this appeal under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, and his reasons for arriving at that conclusion. In these reasons I will deal with the substantive issue in dispute, namely, the constitutionality of s. 394(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C46. I should make it clear at the outset that the constitutionality of other subsections of s. 394 is not in issue in this appeal.

Background

The respondents were charged by an indictment dated October 20, 1989 with conspiracy to commit the indictable offence of selling or purchasing any stolen rock, mineral or other substance that contains precious metals, contrary to s. 394(1)(b) of the *Criminal Code*.

The Chief Justice has outlined the procedural history of these proceedings and I will content myself with mentioning only a few matters that are particularly pertinent to my reasons.

Boissonneault J., who struck down s. 394(1)(b) in its entirety, found that it violated s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not saved by s. 1: (1990), 62 C.C.C. (3d) 375. In coming to this conclusion he was not persuaded by the affidavits filed by the Crown that the theft of precious metals is a significant problem. On appeal to the Court of Appeal the Crown conceded that there was an infringement of s. 11(d) of the *Charter* but sought to reverse the judgment of Boissonneault J. on the ground that he erred in failing to save the impugned provision under s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal ((1992), 74 C.C.C. (3d) 538) concluded that the Crown had failed to discharge its burden of establishing that

693(1)b) du *Code criminel*, je statuerais sur le fond de la question constitutionnelle de la même manière que mon collègue le juge Sopinka.

a Version française du jugement des juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

b LE JUGE SOPINKA — Je souscris à la conclusion du Juge en chef que notre Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, de même qu'aux raisons sur lesquelles se fonde cette conclusion. Dans les présents motifs, je vais examiner la question de fond en litige, soit la constitutionnalité de l'al. 394(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Je précise d'emblée que la constitutionnalité d'autres parties de l'art. 394 n'est pas en cause dans ce pourvoi.

Historique

c Les intimés ont, par acte d'accusation daté du 20 octobre 1989, été accusés de complot en vue de commettre l'acte criminel consistant à vendre ou à acheter de la roche, du mineraï ou une autre substance volés renfermant des métaux précieux, contrairement à l'al. 394(1)b) du *Code criminel*.

d Le Juge en chef ayant fait l'historique des procédures dans la présente affaire, je me contenterai de mentionner quelques éléments qui sont particulièrement pertinents aux fins de mes motifs.

e g i j Le juge Boissonneault, qui a annulé l'al. 394(1)b) au complet, a conclu qu'il violait l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvait être sauvagardé par l'article premier: (1990), 62 C.C.C. (3d) 375. S'il est arrivé à cette conclusion, c'est que les affidavits déposés par le ministère public ne l'ont pas convaincu que le vol de métaux précieux constitue un problème important. Lors d'un appel devant la Cour d'appel, le ministère public a admis qu'il y avait violation de l'al. 11d) de la *Charte*, mais il a cherché à faire infirmer le jugement du juge Boissonneault pour le motif que ce dernier avait commis une erreur en ne statuant pas que la disposition attaquée était sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. La Cour

the reverse onus provision was a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter*. It came to this conclusion on the basis that the Crown had failed to satisfy the first branch of the *Oakes* test, that is, that the objective of the provision was pressing and substantial. It therefore varied the judgment below by striking out the words "he establishes that" from the paragraph.

d'appel ((1992), 74 C.C.C. (3d) 538) a conclu que le ministère public ne s'était pas acquitté de sa charge d'établir que la disposition portant inversion du fardeau de la preuve était une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Elle a tiré cette conclusion parce que le ministère public n'avait pas satisfait au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*, selon lequel l'objectif de la disposition doit être urgent et réel. Elle a donc modifié le jugement de première instance en radiant de la disposition les mots «il n'établissons qu'».

Issues

On August 10, 1993 I stated the following constitutional questions which set out the substantial issues in this appeal:

1. Does s. 394(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 394(1)(b) of the *Criminal Code* a reasonable limit on the s. 11(d) *Charter* right, pursuant to s. 1 of the *Charter*?

The preliminary point relating to prematurity which was resolved below adversely to the Crown was not renewed in this Court. It is, therefore, not necessary to deal with it here.

Relevant Statutory Provisions

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

394. (1) Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years who

(b) sells or purchases any rock, mineral or other substance that contains precious metals or unsmelted, untreated, unmanufactured or partly smelted, partly treated or partly manufactured precious metals, unless he establishes that he is the owner or agent of the owner or is acting under lawful authority; or

e Les questions en litige

Le 10 août 1993, j'ai énoncé ainsi les questions constitutionnelles que soulève le présent pourvoi:

1. L'alinéa 394(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole-t-il l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, l'al. 394(1)b) du *Code criminel* constitue-t-il une limite raisonnable au droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, conformément à l'article premier de la *Charte*?

f La question préliminaire concernant le caractère prématuré d'une décision en l'espèce, qui a été tranchée au détriment du ministère public en Cour d'appel, n'a pas été reprise devant notre Cour. Il n'est donc pas nécessaire de l'examiner ici.

g Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

394. (1) Est coupable d'un acte criminel et possible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, selon le cas:

i b) vend ou achète de la roche, du mineraï ou une autre substance renfermant des métaux précieux, ou des métaux précieux non fondus, non traités et non ouvrés, ou des métaux précieux partiellement fondus, traités ou ouvrés, à moins qu'il n'établisse qu'il est le propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou qu'il agit avec autorisation légitime;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

11. Any person charged with an offence has the right

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

Constitution Act, 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Analysis

1. Does s. 394(1)(b) violate s. 11(d) of the *Charter*?

Both in this Court and in the Court of Appeal the Crown conceded that the reverse onus in s. 394(1)(b) violates s. 11(d) of the *Charter* because it is open for a person to be convicted under that provision even if there is a reasonable doubt as to whether he or she was entitled to buy or sell the precious metal. There is no doubt in my mind that this concession was properly made and that the parties were correct in proceeding on the basis that the only point in issue is whether s. 394(1)(b) of the *Criminal Code* constitutes a reasonable limit on the s. 11(d) *Charter* right pursuant to s. 1 of the *Charter*.

Nonetheless I must emphasize that s. 394(1)(b) does not constitute either a trivial or a technical impairment of the *Charter* right. The purpose of s. 394(1)(b) is clearly to criminalize trade in stolen precious metal ore. It does not apply to legitimate transactions, i.e., transactions performed by persons who are the owner or agent of the owner or

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

11. Tout inculpé a le droit

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

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Analyse

1. L'alinéa 394(1)b) viole-t-il l'al. 11d) de la *Charte*?

Tant devant notre Cour que devant la Cour d'appel, le ministère public a admis que l'inversion du fardeau de la preuve prévue à l'al. 394(1)b) viole l'al. 11d) de la *Charte*, du fait qu'une personne est susceptible d'être reconnue coupable en application de cette disposition, même s'il existe un doute raisonnable quant à savoir si elle avait le droit d'acheter ou de vendre le métal précieux. Je ne doute nullement que cette admission était régulière et que les parties ont eu raison de tenir pour acquis que la seule question en litige était celle de savoir si l'al. 394(1)b) du *Code criminel* constitue une limite raisonnable au droit garanti à l'al. 11d) de la *Charte*, conformément à l'article premier de la *Charte*?

Je dois néanmoins insister sur le fait que l'al. 394(1)b) ne constitue pas une atteinte sans importance ou technique à un droit garanti par la *Charte*. Il vise clairement à criminaliser le commerce des métaux précieux volés. Il ne s'applique pas aux opérations licites, c.-à-d. aux opérations qui sont effectuées par le propriétaire ou son agent, ou

are acting under some form of lawful authority. Since s. 394(1)(b) requires the accused to prove ownership, agency or lawful authority on the balance of probabilities it is possible for a person to be convicted under the section despite the presence of a reasonable doubt as to whether they were engaged in a legitimate transaction. In other words, s. 394(1)(b) permits accused persons to be convicted despite the presence of a reasonable doubt as to their guilt. This directly contravenes the presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Charter*.

There is a wide range of innocent people who could be caught within the ambit of s. 394(1)(b) and could conceivably be unable to prove that their purchase or sale of ore was legitimate. For example, a tourist who purchases a souvenir containing precious metal ore from a gift shop in a city such as Timmins where such products are available might not be able to meet the burden of proof unless at the time of purchase she demanded and obtained admissible evidence from the seller establishing that he was the owner etc. or was in a position to call the seller as a witness. Section 394(1)(b) strikes at the heart of the protection afforded by s. 11(d) by increasing the likelihood that the innocent will be convicted.

2. *Can s. 394(1)(b) be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the Charter?*

(a) The context in which s. 394(1)(b) operates

It is now well established that the *Charter* is to be interpreted in light of the context in which it is being applied. The importance of the contextual approach was recognized by Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56, and her comments have been cited with approval in numerous subsequent decisions: see, e.g., *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 225; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 734; *R. v.*

encore, par une personne qui agit en vertu d'une autorisation légitime. Comme l'al. 394(1)b) exige que l'accusé fasse la preuve selon la prépondérance des probabilités du droit de propriété, du mandat ou de l'autorisation légitime, une personne peut être reconnue coupable en application de cette disposition malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la légitimité de l'opération qu'elle a effectuée. En d'autres termes, l'al. 394(1)b) permet qu'un accusé soit déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Il s'agit d'une violation de la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d) de la *Charte*.

L'alinéa 394(1)b) serait susceptible de s'appliquer à un large éventail de personnes innocentes qui, en théorie, pourraient ne pas être en mesure d'établir la légitimité de la vente ou de l'achat de minerai qu'elles ont effectués. Par exemple, le tourist qui achète un souvenir renfermant des métaux précieux dans une boutique d'une ville, comme Timmins, où de tels produits sont offerts pourrait être incapable de s'acquitter du fardeau de la preuve, à moins qu'au moment de l'achat il n'ait demandé au vendeur et obtenu de lui une preuve admissible selon laquelle il en était le propriétaire, etc., ou qu'il ne fut en mesure de l'assigner comme témoin. L'alinéa 394(1)b) porte directement atteinte à la protection accordée par l'al. 11d), en augmentant les chances qu'un innocent soit reconnu coupable.

2. *L'alinéa 394(1)b) peut-il être maintenu à titre de limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte?*

a) Le contexte dans lequel s'applique l'al. 394(1)b)

Il est maintenant bien établi que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel elle s'applique. Le juge Wilson a reconnu l'importance de la méthode contextuelle dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1355 et 1356, et ses observations ont été citées et approuvées dans de nombreux arrêts subséquents: voir, par exemple, *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la p. 225; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à

Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647, and *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 483. This jurisprudence reveals that the historical, social and economic context in which a *Charter* claim arises will often be relevant in determining the meaning which ought to be given to *Charter* rights and is critical in determining whether limitations upon those rights can be justified under s. 1. Consequently, I find it useful to examine the historical, social and economic context in which s. 394(1)(b) operates in order to determine whether it constitutes a reasonable limit upon the right to be presumed innocent.

The offence created by s. 394(1)(b) can be traced back to s. 31 of the *Act respecting Larceny and other similar Offences*, S.C. 1869, c. 21. That provision made it an offence to sell or purchase gold or silver ore, except to or from an owner or agent thereof of mining claims being worked, or a person duly authorized by a mining official. Section 32 of the same Act made it an offence to purchase ore from anyone other than an owner or authorized seller without executing and filing a receipt. These two offences were eventually replaced by a single section, with the substance of s. 32 being dropped.

A reverse onus provision similar to the one now contained in s. 394(1)(b) was first introduced in 1938 when without debate Parliament amended s. 424 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36. As a result, s. 424(1)(b) provided that everyone who “sells or purchases any rock, ore . . . unless such purchaser or seller is one to which this section does not apply by virtue of the provisions of subsection three . . .” was guilty of an indictable offence. Subsection 3 exempted from s. 424(1)(b) the owner or agent of the owner of mining claims then being worked, a person duly authorized by the proper officer, or any other purchaser who executed and filed an instrument recording the details of the transaction. Subsection 3 concluded by providing that in any prosecution under para. 1(b) “the

la p. 734; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 647; et *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 483. Il ressort de cette jurisprudence que le contexte historique, social et économique dans lequel une action fondée sur la *Charte* prend naissance est souvent pertinent pour déterminer le sens à donner à des droits garantis par la *Charte* et qu'il est crucial pour décider si une restriction de ces droits peut être justifiée en vertu de l'article premier. Par conséquent, il me semble utile d'examiner le contexte historique, social et économique dans lequel l'al. 394(1)b) s'applique afin de déterminer s'il constitue une limite raisonnable au droit à la présomption d'innocence.

On peut faire remonter l'infraction créée par l'al. 394(1)b) à l'art. 31 de l'*Acte concernant le Larcin et les autres offenses de même nature*, S.C. 1869, ch. 21. Selon cette dernière disposition, constituait une infraction le fait de vendre ou d'acheter du minerai contenant de l'or ou de l'argent, à moins que ce ne soit au propriétaire de placer alors en exploitation, à l'agent de celui-ci ou à une personne dûment autorisée par un officier des mines compétent. Aux termes de l'art. 32 de la même loi, constituait une infraction l'achat de minerai auprès de toute autre personne que le propriétaire ou un vendeur autorisé, sans signer ni déposer un reçu. Ces deux infractions ont par la suite été regroupées dans un même article, en laissant tomber l'essence de l'art. 32.

Une disposition portant inversion du fardeau de la preuve, comparable à celle que renferme actuellement l'al. 394(1)b), a été adoptée pour la première fois en 1938 lorsque le Parlement a modifié, sans débattre la question, l'art. 424 du *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36. Ainsi, l'al. 424(1)b) prévoyait que commettait un acte criminel quiconque «[v]end ou achète de la roche, du minerai [...] à moins que cet acheteur ou ce vendeur ne soit une personne à laquelle le présent article ne s'applique pas en raison des dispositions du paragraphe trois . . .». Le paragraphe 3 soustrayait à l'application de l'al. 424(1)b) le propriétaire ou l'agent du propriétaire de claims miniers alors en exploitation, la personne dûment autorisée par le fonctionnaire compétent ou tout autre acheteur qui signait

burden of proof that the accused person is a person to whom the said paragraph (b) does not apply . . . shall be upon the accused".

I note that in this predecessor of s. 394(1)(b) the burden of proof imposed upon both the seller and the purchaser was the same. This meant that in the case of a purchaser proof was required that the person from whom he or she purchased was either an owner, agent of the owner or a person duly authorized or that the purchaser had executed and filed the necessary record of the transaction.

The current version of s. 394(1)(b) was enacted in the 1953-54 edition of the *Code*, c. 51, s. 337. It consolidated s. 424(1)(b) and subsection 3 making it an offence to sell or purchase minerals unless the seller or purchaser establishes "that he is the owner or agent of the owner or is acting under lawful authority". In view of the history of the section, it is apparent that a purchaser must establish that the person from whom he purchased is the owner etc. and not that the purchaser is the owner etc. as the literal reading of the subsection would suggest. The submissions on behalf of the Crown that discharge of the legal burden should occasion no serious difficulty in the case of a seller fail to address the plight of a purchaser who would virtually be required to obtain proof of the seller's credentials at the time of purchase. Oral assurances from the seller would not avail as these would be hearsay when offered in evidence by the purchaser.

The appellant and the intervenor the Attorney General of Canada have tendered a great deal of evidence concerning whether the theft of and illegal trade in precious metal ore continues to be a pressing social problem requiring the continued existence of the offence created by s. 394(1)(b). The appellant has filed affidavits sworn by several gold mine managers from the Timmins area and an official with the Ontario Mining Association. Pursuant to an order of the Chief Justice the intervenor

et déposait un acte énonçant les détails de l'opération. Finalement, le paragraphe 3 prévoyait que, dans toutes poursuites fondées sur l'al. 1b), «il incombe à l'accusé d'établir qu'il est une personne à laquelle ledit alinéa b) ne s'applique pas . . .».

Je remarque que, dans la disposition antérieure à l'al. 394(1)b), le fardeau de la preuve imposé à l'acheteur et au vendeur était le même. Ainsi, l'acheteur devait établir que la personne auprès de laquelle l'achat avait été fait était le propriétaire, l'agent du propriétaire ou une personne dûment autorisée, ou encore qu'il avait signé et déposé l'acte requis constatant l'opération.

La version actuelle de l'al. 394(1)b) a été adoptée dans l'édition 1953-1954 du *Code*, ch. 51, art. 337. Elle a regroupé l'al. 424(1)b) et le par. 3 en prévoyant que constitue une infraction le fait de vendre ou d'acheter du mineraï, à moins que le vendeur ou l'acheteur n'établisse «qu'il est le propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou qu'il agit avec autorisation légitime». Compte tenu de l'historique de la disposition, il appert que l'acheteur doit prouver que la personne à laquelle il a acheté le mineraï est le propriétaire, etc., et non qu'il est lui-même le propriétaire, etc., comme le porterait à croire l'interprétation littérale de la disposition. Les prétentions avancées au nom du ministère public selon lesquelles le vendeur devrait pouvoir s'acquitter de la charge ultime sans éprouver de grandes difficultés ne tiennent pas compte de la situation critique dans laquelle se trouverait l'acheteur qui serait pratiquement tenu d'obtenir une preuve des titres du vendeur au moment de l'achat. L'assurance donnée verbalement par le vendeur ne serait pas utile puisqu'elle constituerait du oui-dire lorsque l'acheteur la soumettrait en preuve.

L'appelante et l'intervenant, le procureur général du Canada, ont présenté de nombreux éléments de preuve au sujet de la question de savoir si le vol et le commerce illégal des métaux précieux constituent toujours un problème social urgent qui requiert le maintien de l'infraction créée à l'al. 394(1)b). L'appelante a déposé les affidavits de plusieurs directeurs de mine aurifère de la région de Timmins ainsi que d'un représentant de l'Ontario Mining Association. Conformément à une

was granted leave to file fresh evidence concerning the scope of the problem presented by theft of gold in the Yukon and Quebec. The parties have also filed fresh scientific evidence concerning the efficacy of a technique known as "gold fingerprinting" which allegedly permits scientists to match samples of gold with samples taken from the mines at which they originated. This scientific evidence was not available at the time of the hearing before the Court of Appeal.

The thrust of the evidence filed by the appellant and the intervenor is that, as far as the gold mining industry in Ontario and Quebec is concerned, theft of raw gold is a serious problem. To the extent that it reduces the profitability of mining operations theft of raw gold threatens the viability of those operations and thus jeopardizes the economic benefits associated with the mining industry. Estimates of the losses due to theft of raw ore ranged from a low of \$500,000 per year at one mine to a possible high of \$2,250,000 at another mine. The theft of high-grade ore (sometimes known simply as high-grading) is easy because it is not difficult for an unscrupulous person to chip off or even crush and clean the ore while underground without being detected. Once the ore has been crushed and cleaned it is difficult if not impossible to trace to its source using currently available technology.

The situation in the Yukon is slightly different because of the prevalence of placer mines (as opposed to the "hard-rock" mines found in Ontario and Quebec). Placer mining is the process by which gold is recovered from stream and river valley gravels by passing it through sluice boxes. The nature of placer mining operations makes them extremely vulnerable to theft. The fact that most are small with modest profit margins means that they cannot afford security personnel or systems. Employees have access to gold during sluicing operations, as well as during clean-ups and processing. Much of the gold recovered in sluicing operations is in the form of small nuggets which can easily be secreted in an employee's clothing. Although theft is regarded as a significant problem

ordonnance du Juge en chef, l'intervenant a obtenu l'autorisation de présenter une nouvelle preuve concernant l'importance du problème que représente le vol de minerai aurifère au Yukon et au Québec. Les parties ont également déposé de nouveaux éléments de preuve scientifiques relatifs à l'efficacité d'une technique, dite de la prise d'empreintes, qui permettrait aux scientifiques de relier un échantillon de minerai d'or à un échantillon prélevé dans la mine d'où il provient. Cette preuve scientifique n'était pas disponible au moment de l'audience devant la Cour d'appel.

La preuve produite par l'appelante et l'intervenant veut essentiellement que le vol d'or brut constitue un grave problème pour les exploitants de mines aurifères de l'Ontario et du Québec. Dans la mesure où il diminue la rentabilité des exploitations minières, le vol d'or brut compromet leur viabilité de même que les bienfaits économiques qui résultent de l'activité minière. On estime que les pertes d'une mine imputables au vol de minerai brut oscillent entre 500 000 \$ et 2 250 000 \$ par année. Le vol de minerai à forte teneur est chose facile, car une personne sans scrupules peut sans difficulté et sans se faire remarquer, pendant qu'elle est sous terre, entamer le minerai ou même le concasser et le débourber. Une fois que le minerai a été concassé et débourré, il est difficile, voire même impossible, d'en déterminer l'origine à l'aide des techniques actuelles.

Au Yukon, la situation est quelque peu différente en raison de la prédominance des placers (par opposition aux mines de roche dure que l'on trouve en Ontario et au Québec). Dans l'exploitation d'un placer, l'or est récupéré par le lavage au sluice des alluvions. De par leur nature, les exploitations de placers sont très exposées au vol. Comme il s'agit, dans la plupart des cas, d'exploitations de petite taille dont la marge bénéficiaire est modeste, elles n'ont pas les moyens de se payer des agents ou des systèmes de sécurité. Les employés ont accès au minerai aurifère pendant le lavage au sluice, de même que pendant les opérations de débourbage et de traitement. Une grande partie de l'or récupéré à l'aide du sluice revêt la forme de petites pépites que l'employé peut facile-

for the placer mining industry, it is impossible to document the extent of theft from placer mines because no mine operator can know exactly how much gold was in the area mined.

The opinions with respect to the extent of the problem are weakened by the fact that they are not supported by either statistics, details or facts. In this regard the trial judge stated (at p. 381):

I accept mine managers as experts in their field. I question however the facts upon which they relied to arrive at their conclusion that theft of precious metals is a significant problem in their respective operations. The estimates of actual losses are not supported by any evidence. Anticipated losses are not supported by fact. There are no specific details or record keeping. This is not surprising in view of the nature of the property in question. Nevertheless I am left with presumptions.

This evidence has been supplemented by evidence admitted as fresh evidence on this appeal. The additional evidence, while somewhat more ample, suffers from the same frailty. Nevertheless, in light of the view that I take with respect to the proper approach to the first branch of the *Oakes* test, this evidence is of marginal importance and I am prepared to assume that it establishes that a serious problem exists with respect to theft of precious metals.

The evidence is equally inconclusive as to whether s. 394(1)(b) is an effective response to the problem posed by the theft of precious metal ore. On the one hand there is evidence that very few if any charges are laid under s. 394(1)(b) in any given year. On the other hand, members of the mining community claim that s. 394(1)(b) has deterred theft and that knowledge of its existence makes potential buyers reluctant to purchase gold from anyone not clearly in lawful possession of it. Several of the Ontario mine managers expressed the opinion that if the burden of proving ownership of gold was on the prosecution no convictions for

ment cacher dans ses vêtements. Même si le vol est considéré comme un problème important pour les exploitants de placers, il est impossible de déterminer, documents à l'appui, quelle est l'étendue des vols commis dans les placers, parce qu'aucun exploitant minier ne sait exactement quelle quantité d'or renfermait le secteur exploité.

Les avis concernant l'étendue du problème ont moins de poids du fait qu'ils ne sont appuyés d'aucune donnée statistique, d'aucun détail ni d'aucun fait. Voici ce que le juge de première instance dit à ce propos (à la p. 381):

[TRADUCTION] Je reconnais que les directeurs de mine sont des experts dans leur domaine. Cependant, je mets en doute les faits sur lesquels ils se fondent pour conclure que le vol des métaux précieux constitue un grave problème dans leurs entreprises respectives. L'estimation des pertes réelles n'est appuyée d'aucune preuve. Les pertes prévues ne se fondent sur aucun fait. Il n'y a pas de détails précis ni de comptabilisation. Cela n'est pas étonnant, vu la nature du bien en cause. Néanmoins, il ne s'agit que de présomptions.

Cette preuve a été complétée par des éléments admis à titre de nouvelle preuve aux fins du présent pourvoi. Ces nouveaux éléments, même s'ils sont légèrement plus étoffés, souffrent de la même faiblesse. Néanmoins, étant donné mon point de vue concernant la façon dont il convient d'aborder le premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*, cette preuve a une importance secondaire et je suis disposé à tenir pour acquis qu'elle établit l'existence d'un grave problème en ce qui concerne le vol de métaux précieux.

La preuve n'est pas non plus concluante quant à savoir si l'al. 394(1)b) est une bonne réponse au problème du vol de minerai renfermant des métaux précieux. D'une part, la preuve révèle que, chaque année, très peu d'accusations, s'il en est, sont portées en vertu de l'al. 394(1)b). D'autre part, ceux qui œuvrent dans le secteur minier prétendent que cette disposition a contribué à prévenir le vol et que la connaissance de son existence fait en sorte que les acheteurs éventuels hésitent à acheter de l'or à une personne qui n'en a pas manifestement la possession légitime. Plusieurs directeurs de mine ontariens ont exprimé l'avis que, s'il incom-

high-grading would occur because it would be virtually impossible to prove ownership of stolen gold. This opinion evidence does not distinguish between different kinds of burdens.

^a bait à la poursuite d'établir l'identité du propriétaire de l'or, aucune condamnation ne pourrait être obtenue à l'égard du minerai à forte teneur, car il serait presque impossible de prouver à qui appartenait l'or volé. Cette preuve sous forme d'opinion ne fait aucune distinction entre les différents genres de fardeau.

On the other hand, the respondents rely on the development of a new technique which allows gold to be identified as coming from a particular source by a form of fingerprinting. The scientists whose evidence was tendered by the parties seem to agree that although gold fingerprinting permits stolen gold to be linked to a particular mine in certain circumstances there are a number of important limitations upon the effectiveness of the technique. The scientists explain that gold fingerprinting relies upon modern analytical techniques which permit mineralogists to identify and quantitatively measure concentrations of trace elements in mineral particles. These techniques can be used to link stolen gold to a particular mine by determining whether the trace elements in the sample of the gold whose origin is in dispute match the trace elements in samples taken from a particular mine or mineral deposit. However, it appears that given the current state of technical knowledge it may be difficult to make such a link if the known source has mineral deposits which are highly variable in terms of the trace elements which they contain or if the unknown sample has been refined (thus potentially altering the trace elements which it contains).

^b Par contre, les intimés invoquent la mise au point d'une nouvelle technique qui permet de déterminer que l'or provient d'une source en particulier, grâce à une sorte de prise d'empreintes. Les scientifiques appelés à témoigner par les parties semblent convenir que, même si la prise d'empreintes permet dans certains cas de relier l'or volé à une mine particulière, il y a un certain nombre de limites importantes à l'efficacité de cette technique. Ils expliquent que la prise d'empreintes s'appuie sur des techniques d'analyse modernes qui permettent au minéralogiste d'identifier et de mesurer la concentration d'éléments en traces dans une particule minérale. Ces techniques peuvent servir à relier l'or volé à une mine particulière en déterminant que les éléments en traces de l'échantillon d'or, dont l'origine est en litige, correspondent aux éléments en traces des échantillons prélevés dans une mine ou un gisement minéral donnés. Il appert toutefois, vu les connaissances techniques actuelles, qu'il peut être difficile d'établir un tel lien lorsque les gisements minéraux de la source connue sont très variables sur le plan des éléments en traces qu'ils renferment ou lorsque l'échantillon dont l'origine est inconnue a été raffiné (ce qui peut avoir eu pour effet de modifier les éléments en traces qu'il contient).

It is particularly difficult to identify gold obtained from a placer mining operation because the gold particles found in placer mines may be derived from more than one deposit (and thus have different fingerprints) and because trace elements may be leached from or otherwise redistributed within placer gold grains. Another limitation on the effectiveness of the fingerprinting technique is that it depends on the existence of a known sample. At present no database of samples exists in Canada. The cost of establishing such a database is

ⁱ ^h Il est particulièrement difficile d'identifier le minerai d'or tiré d'un placer parce que les particules d'or qu'on y trouve peuvent provenir de plus d'un gisement (et ainsi avoir des empreintes différentes) et parce que les éléments en traces peuvent être lessivés ou autrement redistribués dans les grains d'or du placer. L'efficacité de la technique de la prise d'empreintes est également limitée du fait qu'elle repose sur l'existence d'un échantillon dont on connaît la provenance. Au Canada, il n'existe actuellement aucune banque de données

stated to be about \$3.3 million and could be set up within one year.

(b) Does s. 394(1)(b) pass the *Oakes* test?

In the context of this background, I turn to the question whether s. 394(1)(b) can be upheld under s. 1 of the *Charter*. The test for determining whether this is the case was set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39. Taking into account the modification suggested by the Chief Justice in his reasons in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, released concurrently herewith, the test can be stated as follows:

1) In order to be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom the impugned provision must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society;

2) The means chosen to achieve the legislative objective must pass a three-part proportionality test which requires that they (a) be rationally connected to the objective, (b) impair the right or freedom in question as little as possible and (c) have deleterious effects which are proportional to both their salutary effects and the importance of the objective which has been identified as being of "sufficient importance".

(i) *Pressing and Substantial Objective*

I agree with the Attorney General of Canada that the objective of s. 394(1)(b) is the deterrence of theft of precious metal ore. In furtherance of this general objective, the specific objective of the reverse onus clause is to facilitate the prosecution of offenders given the special problem of proof to which I have referred above. I also agree that s. 394(1)(b) creates a "true criminal offence" and that like other true criminal offences involving activity bereft of social utility, it is an expression of society's repugnance to the conduct proscribed. In

relatives à des échantillons. La mise sur pied d'une telle banque coûterait environ 3 300 000 \$ et pourrait se faire en moins d'un an.

a) b) L'alinéa 394(1)b) satisfait-il au critère de l'arrêt *Oakes*?

Dans ce contexte, je passe à la question de savoir si l'al. 394(1)b) peut être maintenu en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le critère applicable à cet égard a été établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139. Compte tenu de la modification proposée par le Juge en chef dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, rendu en même temps que le présent arrêt, le critère peut être énoncé ainsi:

1) Afin d'être suffisamment importante pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution, la disposition attaquée doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique;

2) Les moyens choisis pour atteindre l'objectif législatif doivent satisfaire à un critère de proportionnalité à trois volets: a) ils doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question, b) ils doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question, et c) leurs effets préjudiciables doivent être proportionnels à leurs effets bénéfiques et à l'importance de l'objectif qui a été décrit comme «suffisamment important».

(i) *Un objectif lié à des préoccupations urgentes et réelles*

Je conviens avec le procureur général du Canada que l'objectif de l'al. 394(1)b) est de prévenir le vol de minerai renfermant des métaux précieux. Aux fins de la réalisation de cet objectif général, la disposition portant inversion du fardeau de la preuve a précisément pour but de faciliter les poursuites contre les contrevenants, compte tenu du problème de preuve que j'ai déjà mentionné. Je conviens également que l'al. 394(1)b) crée une «infraction criminelle véritable» qui, comme toute autre infraction criminelle véritable comportant

these circumstances, the Court can conclude, in the absence of extrinsic evidence as to the importance of the objective, that the subsection meets the first branch of the *Oakes* test.

With respect, I am of the opinion that the Court of Appeal erred in coming to a contrary conclusion. Given the nature of the enactment, I question the use of statistics as to the number of prosecutions. The paucity of prosecutions does not necessarily reflect on the seriousness of the problem. The statistics might be affected by a number of factors such as the priority which is given to enforcement by the police and the Crown.

Furthermore, the lack of evidence as to the role played by the reverse onus clause in furtherance of the objective appears to me to be relevant to the second branch of the *Oakes* test, that is, whether the means employed to achieve the objective are justifiable. The Court of Appeal, however, treated the absence of such evidence in combination with the paucity of prosecutions to deny the existence of a pressing and substantial objective.

(ii) *Rational Connection*

Parliament has chosen to achieve the objective of deterring theft of ore by proscribing trade in stolen ore and placing the onus upon the accused to show that the ore is not stolen. Both these measures strike me as rational responses to the problem posed by theft of precious metal ore. The criminalization of trade in stolen goods is a common and eminently sensible method of deterring theft. Where there is good reason to believe that it would be difficult for the Crown to prove that goods have been stolen it is rational to place some kind of burden of proving that they have not been stolen upon the accused. The situation would be different if developments in gold fingerprinting techniques were to make it easier for the Crown to

une activité dénuée d'utilité sociale, est l'expression de la réprobation sociale du comportement visé. Dans ces circonstances, notre Cour peut conclure, en l'absence de preuve extrinsèque concernant l'importance de l'objectif visé, que l'alinéa satisfait au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*.

En toute déférence, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en tirant la conclusion contraire. Vu la nature du texte législatif en cause, je mets en question l'utilisation de statistiques relatives au nombre de poursuites intentées. Le nombre peu élevé de ces dernières ne témoigne pas nécessairement de la gravité du problème. Un certain nombre de facteurs peuvent influer sur les statistiques, comme la priorité que les policiers et le ministère public accordent à l'application de la disposition.

De plus, l'absence de preuve quant au rôle joué par la disposition portant inversion du fardeau de la preuve dans la réalisation de l'objectif visé me paraît pertinente relativement au deuxième volet du critère de l'arrêt *Oakes*, qui consiste à déterminer si les moyens employés pour atteindre l'objectif sont justifiables. Cependant, la Cour d'appel s'est fondée sur l'absence d'une telle preuve ainsi que sur la rareté des poursuites pour conclure à l'absence d'un objectif se rapportant à des préoccupations urgentes et réelles.

(ii) *Le lien rationnel*

Pour atteindre l'objectif de la prévention du vol de minerai, le législateur a choisi d'interdire le commerce du minerai volé et d'imposer à l'accusé le fardeau d'établir que le minerai n'a pas été volé. J'estime que ces deux mesures sont des réponses logiques au problème du vol de métaux précieux. Criminaliser le commerce des biens volés est un moyen répandu et fort sensé de décourager le vol. Lorsqu'il y a de bonnes raisons de croire que le ministère public aurait du mal à prouver que des biens ont été volés, il est logique d'imposer à l'accusé une sorte de fardeau d'établir que les biens n'ont pas été volés. Il en serait autrement si les progrès réalisés dans les techniques de prise d'empreintes devaient faciliter la tâche du ministère

prove the provenance of gold-bearing material. If this were the case it would not be so clear that the reverse onus was a rational means of achieving the legislative objective. However, the evidence before the Court suggests that technology has not yet advanced to this point.

Before moving on to consider the next step in the *Oakes* test I would like to address the respondents' argument that s. 394(1)(b) fails the rational connection test because it creates an unreasonable presumption that any ore which has been purchased or sold was stolen. This argument is premised upon the notion that in order for a legislatively created presumption to pass this portion of the *Oakes* test it must be internally rational in the sense that there is a logical connection between the presumed fact and the fact substituted by the presumption. This argument was made by the appellant in *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10. It was contended that a presumption which is not internally rational unduly enmeshes the innocent in the criminal process. This argument was not accepted by the majority. Consequently, I regard it as settled that there is no general requirement that a presumption be internally rational in order to pass the rational connection phase of the proportionality test. The only relevant consideration at this stage of the analysis is whether the presumption is a logical method of accomplishing the legislative objective. Later in these reasons, I will consider the relevance of this factor in connection with the final phase of the proportionality test.

(iii) *Minimal Impairment*

The second step in the inquiry into whether an impugned provision is a proportional means of achieving a given end is to determine whether the government has demonstrated that the provision impairs constitutionally protected rights or freedoms as little as possible. This usually involves determining whether alternative means of achieving the objective were available to Parliament.

public de prouver la provenance d'une matière aurifère. Si tel était le cas, il ne serait pas aussi évident que l'inversion du fardeau de la preuve constituait un moyen rationnel d'atteindre l'objectif législatif. Cependant, la preuve dont notre Cour est saisie révèle que la technologie n'a pas encore atteint ce stade de développement.

Avant de passer à l'étape suivante de l'application du critère de l'arrêt *Oakes*, je tiens à aborder l'argument des intimés selon lequel l'al. 394(1)b) ne satisfait pas au critère du lien rationnel parce qu'il crée une présomption déraisonnable que tout minéral acheté ou vendu a été volé. Cet argument se fonde sur le principe selon lequel, pour qu'une présomption d'origine législative satisfasse à ce volet du critère de l'arrêt *Oakes*, elle doit être intrinsèquement rationnelle, c.-à-d. qu'il doit y avoir un lien logique entre le fait présumé et le fait substitué par la présomption. Cet argument a été avancé par l'appelant dans *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10. On prétendait que la présomption qui n'est pas intrinsèquement rationnelle entraînait indûment des innocents dans le processus criminel. La Cour à la majorité n'a pas retenu cet argument. En conséquence, je considère comme établi qu'il n'y a pas d'exigence générale qu'une présomption soit intrinsèquement rationnelle pour satisfaire au volet du critère de proportionnalité, relatif au lien rationnel. Le seul élément qu'il y a lieu de prendre en considération à ce stade de l'analyse est de savoir si la présomption est un moyen logique de réaliser l'objectif législatif. Plus loin dans les présents motifs, j'examinerai la pertinence de ce facteur relativement au dernier volet du critère de proportionnalité.

(iii) *L'atteinte minimale*

La deuxième étape de l'examen qui vise à établir si la disposition attaquée constitue un moyen proportionné d'atteindre un but donné consiste à déterminer si le gouvernement a démontré que la disposition porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. Ce faisant, il faut habituellement déterminer si le législateur disposait d'un autre moyen pour atteindre l'objectif en cause.

The legislature is entitled to some deference in choosing the means of attaining a given objective. As Lamer C.J. stated in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1341, "Parliament is not required to search out and to adopt the absolutely least intrusive means of attaining its objective" (emphasis in original). However, it is also important to remember that this is not a case in which the legislature has attempted to strike a balance between the interests of competing individuals or groups. Rather it is a case in which the government (as opposed to other individuals or groups) can be characterized as the singular antagonist of an individual attempting to assert a legal right which is fundamental to our system of criminal justice. As the majority wrote in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927 (at p. 994), in such circumstances the courts are in as good a position as the legislature to assess whether the least drastic means of achieving the governmental purpose have been chosen, especially given the inherently legal nature of the rights in question and the courts' accumulated experience in dealing with such matters.

La décision du législateur d'opter pour un moyen d'atteindre un objectif donné commande un certain respect. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1341, «le législateur n'est pas tenu de rechercher et d'adopter le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, en vue d'atteindre son objectif» (souligné dans l'original). Toutefois, il importe de se rappeler qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas où le législateur a tenté d'établir un équilibre entre les intérêts opposés de particuliers ou de groupes. Il s'agit plutôt d'un cas où le gouvernement (comparativement à d'autres particuliers ou groupes) peut être considéré comme l'adversaire singulier d'un particulier qui tente de faire valoir un droit fondamental dans notre système de justice criminelle. Comme l'ont dit les juges majoritaires dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994, en pareilles circonstances, les tribunaux sont aussi bien placés que le législateur pour déterminer si on a choisi les moyens les moins radicaux de réaliser l'objectif gouvernemental, étant donné particulièrement le caractère intrinsèquement juridique des droits en cause et la somme d'expérience qu'ils ont acquise dans le règlement de ces questions.

In drafting s. 394(1)(b) Parliament could have chosen merely to place an evidentiary burden rather than a full legal burden of proving ownership, agency or lawful authority upon the accused. Under such a provision the accused would simply be required to adduce or point to evidence which, if accepted, would be capable of raising a reasonable doubt as to whether he was the owner or agent of the owner or was acting under lawful authority. If he or she succeeded in raising such a doubt the burden would shift to the Crown to prove the contrary beyond a reasonable doubt. If the Crown failed to dispel a reasonable doubt, the accused would be acquitted. Knowledge of the availability of this option must be imputed to Parliament since evidentiary burdens of this kind are and were commonly used to relieve the Crown of the burden of

En rédigeant l'al. 394(1)b), le législateur aurait pu tout simplement choisir d'imposer à l'accusé une charge de présentation au lieu de la charge ultime intégrale d'établir la propriété, le mandat ou l'autorisation légitime. S'il en avait été ainsi, l'accusé ne serait tenu que de présenter ou d'évoquer un élément de preuve qui, s'il était admis, serait de nature à soulever un doute raisonnable quant à savoir s'il était le propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou encore s'il agissait en vertu d'une autorisation légitime. S'il réussissait à soulever un tel doute, il incomberait alors au ministère public d'établir le contraire hors de tout doute raisonnable. Si le ministère public ne réussissait pas à dissiper un doute raisonnable, l'accusé serait acquitté. Force est de conclure que le législateur connaissait l'existence de cette option étant donné que des charges de présentation de ce genre ont été couramment utilisées, et le sont encore, afin de dégager le ministère public de l'obligation de prouver

proving that an accused did not legitimately acquire possession of property.

The appellant has not demonstrated to my satisfaction that Parliament has chosen the alternative which impairs s. 11(d) as little as is reasonably possible. I, of course, take into account that Parliament should be accorded some leeway and need not choose the least restrictive alternative that can be imagined. Imposing a legal or persuasive burden on the accused in respect of an offence characterized as a true criminal offence is a serious impairment of s. 11(d). In my opinion, Parliament's purpose will be effectively served by the imposition of an evidential burden. A seller will have to testify or produce documents tending to show that he or she was either the owner or agent of the owner, or is duly authorized. A purchaser may be required to adduce *viva voce* evidence or produce a document tending to show that the person from whom he or she purchased the material was the owner, agent of the owner or duly authorized. In either case, the matter will have been narrowed to identify the basis of the seller's claim in the one case and the identity of the seller in the other. This will in most cases enable the Crown to produce testimony or documents disproving the claim that the seller or alleged seller is the owner or agent or is duly authorized.

Accordingly, I conclude that the Crown has not discharged its burden to establish that s. 394(1)(b) impairs the right to be presumed innocent embodied in s. 11(d) of the *Charter* to the minimum extent reasonably necessary to achieve its objective. Having regard to the foregoing, however, the imposition of an evidentiary burden is justified in order to achieve Parliament's purpose.

(iv) Proportionality

In light of my conclusion that s. 394(1)(b) does not pass the minimal impairment stage of the *Oakes* test it is not essential for me to consider whether it passes the final stage of the test, namely the proportionality requirement. Therefore, as far

que l'accusé n'a pas légitimement acquis la possession d'un bien.

L'appelante ne m'a pas convaincu que le législateur a choisi le moyen qui porte aussi peu que raisonnablement possible atteinte à l'al. 11d). Je tiens compte évidemment du fait que le législateur doit disposer d'une certaine latitude et qu'il n'a pas à opter pour la solution la moins restrictive imaginable. Imposer à l'accusé une charge ultime ou une charge de persuasion à l'égard d'une infraction considérée comme une infraction criminelle véritable constitue une atteinte grave à l'al. 11d). À mon avis, l'imposition d'une charge de présentation permettra effectivement de réaliser l'objectif du législateur. Le vendeur devra faire un témoignage ou présenter des documents qui tendent à établir qu'il était le propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou qu'il était dûment autorisé. Pour sa part, l'acheteur peut être tenu de témoigner de vive voix ou de produire un document de façon à établir que la personne à laquelle il a acheté la matière en était le propriétaire, était l'agent de celui-ci ou était dûment autorisée. Dans le premier cas, il s'agit de déterminer le fondement de l'action du vendeur et, dans l'autre, l'identité du vendeur. Dans la plupart des cas, cela permettra au ministère public de produire des témoignages ou des documents qui tendent à réfuter la prétention que le vendeur ou le préputé vendeur est le propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou qu'il est dûment autorisé.

Par conséquent, je conclus que le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau d'établir que l'al. 394(1)b) porte atteinte au droit d'être présumé innocent que garantit l'al. 11d) de la *Charte*, aussi peu que raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif qu'il vise. Toutefois, compte tenu de ce qui précède, l'imposition d'une charge de présentation est justifiée pour atteindre l'objectif du législateur.

(iv) Proportionnalité

Vu ma conclusion que l'al. 394(1)b) ne satisfait pas au volet du critère de l'arrêt *Oakes* relatif à l'atteinte minimale, il n'est pas essentiel que j'examine s'il respecte le dernier volet du critère, soit l'exigence de proportionnalité. Par conséquent, en

as this portion of the test is concerned I will only reiterate my concern that s. 394(1)(b) permits the conviction of a wide range of innocent people and thus constitutes a serious violation of s. 11(d). This flows from the facts that the presumption contained in s. 394(1)(b) lacks any sort of internal rationality (i.e., it is not rational to presume from the fact that one has purchased or sold precious metal ore that the transaction was illegitimate) and that the burden of proof on the balance of probabilities is an onerous one which many innocent people may be unable to meet. I question whether the deterrence sought by s. 394(1)(b) justifies such a significant infringement of the right to be presumed innocent. Even if I were persuaded that the imposition of a legal burden was clearly more effective in achieving Parliament's objective, I would find that it fails the proportionality test because of the excessive invasion of the presumption of innocence having regard to the degree of advancement of Parliament's purpose.

On the other hand, I believe that the imposition of an evidentiary burden upon the accused is justified even though it still impairs the right to be presumed innocent. I find it unlikely that an innocent person will be unable to point to or present some evidence which raises a reasonable doubt as to their guilt. Although the imposition of an evidentiary burden violates the presumption of innocence I find that this only minimally increases the likelihood of an innocent person being convicted and represents a justifiable limitation upon the right to be presumed innocent.

Remedy

As pointed out above, Boissonneault J. struck out all of s. 394(1)(b) and stayed the proceedings. The Court of Appeal struck out the words "he establishes that" which create the reverse onus. It found that it was not necessary to strike the whole subsection because "only the reverse onus clause . . . is unconstitutional". They, however, found it unnecessary to consider the issue of minimal impairment, having concluded that the subsection

ce qui concerne ce volet du critère, je me contenterai de réitérer mon inquiétude que l'al. 394(1)b) permette que de nombreux innocents soient déclarés coupables et qu'il porte ainsi gravement atteinte à l'al. 11d). Cela résulte du fait que la présomption prévue à l'al. 394(1)b) est dénuée de toute rationalité intrinsèque (c.-à-d. qu'il n'est pas logique de présumer que l'opération est illégitime lorsqu'une personne achète ou vend du minerai renfermant un métal précieux) et que la preuve selon la prépondérance des probabilités est un lourd fardeau dont bon nombre d'innocents peuvent être incapables de s'acquitter. Je me demande si l'effet dissuasif recherché par l'al. 394(1)b) justifie une violation aussi importante du droit à la présomption d'innocence. Même si j'étais convaincu qu'il serait nettement plus efficace d'imposer une charge ultime pour atteindre l'objectif du législateur, j'arriverais à la conclusion que cela ne satisfait pas au critère de proportionnalité à cause de l'empêtement excessif sur la présomption d'innocence compte tenu de la contribution à la réalisation de l'objectif du législateur.

En revanche, je crois que l'imposition à l'accusé d'une charge de présentation est justifiée, même si elle porte atteinte au droit à la présomption d'innocence. Il me paraît invraisemblable qu'une personne innocente soit incapable de produire ou d'évoquer un élément de preuve quelconque qui soulève un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Même si l'imposition d'une charge de présentation viole la présomption d'innocence, je conclus que cela ne fait augmenter que de façon minime la probabilité qu'un innocent soit déclaré coupable et que cela constitue une limite justifiable au droit d'être présumé innocent.

Réparation

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge Boissonneault a annulé l'al. 394(1)b) au complet et a ordonné l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a radié les mots «il n'établisse qu'», qui créent l'inversion du fardeau de la preuve. Elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'annuler l'alinéa en entier, parce que [TRADUCTION] «seule la partie [...] qui porte inversion du fardeau de la preuve, est inconstitutionnelle». Cependant, elle a jugé inutile d'exa-

failed the first branch of the *Oakes* test. In the circumstances, the Court of Appeal did not consider whether Parliament could achieve its objective by less invasive means. It follows that the Court of Appeal did not consider whether reducing the onus provision to an evidentiary burden was an appropriate remedy.

minier la question de l'atteinte minimale, étant donné qu'elle avait conclu que l'alinéa ne satisfaisait pas au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*. Dans les circonstances, la Cour d'appel ne s'est pas demandé si le législateur pouvait atteindre son objectif par un moyen moins envahissant. Elle n'a donc pas examiné la question de savoir si la réduction du fardeau de la preuve à une charge de présentation constituait une réparation appropriée.

In view of the conclusion that I have reached on the s. 1 issue, the available alternative remedies are: (i) striking down the offending words, a remedy adopted by the Court of Appeal and supported in this Court by the respondents; and (ii) striking down the offending words coupled with reading in appropriate words to substitute an evidentiary burden. The latter remedy was supported by the Crown in the event that it failed in having the subsection saved under s. 1. The remedy adopted by the trial judge was not requested by the respondents and leave to cross-appeal was neither requested nor granted. Assuming that, in these circumstances this remedy were available, it would clearly be inappropriate having regard to the principles expressed hereafter.

Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée au sujet de la question concernant l'article premier, les autres réparations possibles sont les suivantes: (i) radier les mots fautifs, une réparation qu'a accordée la Cour d'appel et que les intimés ont appuyée devant notre Cour, et (ii) radier les mots fautifs tout en considérant que le texte contient les mots appropriés pour substituer une charge de présentation. Le ministère public a favorisé cette dernière solution dans le cas où il n'obtiendrait pas la sauvegarde de la disposition en vertu de l'article premier. La réparation accordée par le juge de première instance n'a pas été demandée par les intimés et aucune autorisation d'appel incident n'a été demandée ni accordée. À supposer que cette réparation pourrait être accordée dans ces circonstances, elle serait de toute évidence inappropriée compte tenu des principes énoncés ci-après.

In fashioning a remedy pursuant to s. 52 consequent on a *Charter* breach, the court must apply the measures which will best vindicate the values expressed in the *Charter* while refraining from intrusion into the legislative sphere beyond what is necessary. See *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 707. With respect to the range of remedies the Chief Justice stated in *Schachter*, at p. 695:

A court has flexibility in determining what course of action to take following a violation of the *Charter* which does not survive s. 1 scrutiny. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* mandates the striking down of any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, but only "to the extent of the inconsistency". Depending upon the circumstances, a court may simply strike down, it may strike down and temporarily suspend the declaration of invalidity, or it may resort to the techniques of reading down or reading in.

Dans le choix, conformément à l'art. 52, d'une réparation par suite d'une violation de la *Charte*, la cour doit appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte*, sans empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire. Voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 707. Quant à la gamme des réparations possibles, le Juge en chef dit ce qui suit dans l'arrêt *Schachter*, à la p. 695:

Un tribunal jouit d'une certaine latitude dans le choix de la mesure à prendre dans le cas d'une violation de la *Charte* qui ne résiste pas à un examen fondé sur l'article premier. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'annulation des «dispositions incompatibles» de toute règle de droit. Selon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité ou il peut appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large.

Applying these criteria to this case I observe that *Charter* values are fully vindicated by removing from the subsection the words that impose a legal burden. Section 52 requires nothing more than removal of the words that create a legal burden. Substitution of words that reduce the legal burden to an evidentiary burden furthers the legislative objective while fully vindicating *Charter* values. Whether such substitution is more intrusive into the legislative sphere than simply striking down all reference to any obligation of the accused leaving the full legal and evidentiary burden on the Crown is the issue I must now address.

I have found that reducing the legal burden to an evidentiary burden will effectively further the legislative objective embodied in s. 394(1)(b). It follows that, *prima facie*, retention of this provision is less of an intrusion into the legislative sphere than striking it. As stated by Lamer C.J. in *Schachter*, at p. 697:

Where the offending portion of a statute can be defined in a limited manner it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion. In that way, as much of the legislative purpose as possible may be realized.

The case for retention is only *prima facie* because it may appear from all of the circumstances that it would not be safe to conclude that the legislature would have passed the provision in its altered form. The legislature may have preferred some alternative means to achieve its objective. Thus in *Schachter* the Chief Justice stated that it is relevant to ask the question whether it is safe to assume that the legislature would have enacted the legislation in its altered form. I propose to examine this question as it relates to the proposed revision of s. 394(1)(b).

There is nothing in the Parliamentary debates which would shed any light on whether there was

Si l'on applique ces critères à la présente affaire, je remarque que la protection des valeurs exprimées dans la *Charte* est entièrement assurée par la suppression, dans l'alinéa, des mots qui imposent une charge ultime. L'article 52 n'exige rien de plus que la suppression des mots créant une charge ultime. La substitution de mots qui réduisent la charge ultime en une charge de présentation permet de réaliser l'objectif législatif tout en assurant l'entièvre protection des valeurs exprimées dans la *Charte*. Je dois donc me pencher maintenant sur la question de savoir si une telle substitution empiète davantage sur le domaine législatif que le simple fait de radier toute mention des obligations de l'accusé, en faisant assumer entièrement par le ministère public la charge ultime et la charge de présentation.

Je suis arrivé à la conclusion que la réduction de la charge ultime à une charge de présentation aura vraiment pour effet de permettre la réalisation de l'objectif législatif de l'al. 394(1)b. Il s'ensuit, à première vue, que le maintien de la disposition empiète moins sur le domaine législatif que son annulation. Comme l'affirme le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schachter*, à la p. 697:

Si la partie irrégulière d'une loi peut être isolée, il est conforme aux principes juridiques de déclarer inopérante seulement cette partie. On peut ainsi réaliser autant que possible l'objectif législatif.

Ce n'est qu'à première vue que le maintien de la disposition peut se révéler opportun, car il peut ressortir de l'ensemble des circonstances qu'il ne serait pas possible de conclure, sans risque d'erreur, que le législateur aurait adopté la disposition sous sa forme modifiée. Il se peut que le législateur ait préféré un autre moyen d'atteindre son objectif. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Schachter*, le Juge en chef a dit qu'il importe de se demander s'il est possible de présumer, sans risque d'erreur, que le législateur aurait adopté la mesure législative sous sa forme modifiée. Je me propose d'examiner cette question relativement à la refonte proposée de l'al. 394(1)b.

Les débats parlementaires ne clarifient nullement la question de savoir s'il y avait quelque rai-

any reason why Parliament would not have chosen words creating an evidentiary burden had it known at the time that adoption of a legal burden was not valid. As stated above the reverse onus was introduced without debate. There was, however, debate preceding the enactment of the predecessor of the companion subsection, which now is s. 394(1)(c), making it an offence to have possession of precious metals reasonably believed to have been stolen or dealt with contrary to the section. It too contains a reverse onus provision in identical language to s. 394(1)(b). The wording of the reverse onus provision (s. 424A) which was the subject of debate was slightly different and the subsection made it an offence if the accused "is unable to prove that he came lawfully by the same". The Minister of Justice, in explaining that reverse onus provisions had not caused problems in the past, referred to s. 988 of the *Code* which was the predecessor of s. 656 of the present *Code*. Then and now the section places an evidentiary burden on the accused. The Minister stated:

son pour laquelle le législateur n'aurait pas choisi des mots créant une charge de présentation s'il avait su, à l'époque, que l'adoption d'une charge ultime n'était pas valide. Comme je l'ai déjà mentionné, l'inversion du fardeau de la preuve a été adoptée sans débat. Toutefois, un débat a précédé l'adoption de la disposition antérieure à l'alinéa connexe qui est maintenant l'al. 394(1)c), selon laquelle constituait une infraction le fait d'avoir en sa possession des métaux précieux dont on avait des motifs raisonnables de croire qu'ils avaient été volés ou qu'ils avaient été traités d'une manière contraire à l'article. Cet alinéa prévoyait également une inversion du fardeau de la preuve dans des termes identiques à ceux utilisés à l'al. 394(1)b). Le texte de la disposition portant inversion du fardeau de la preuve (art. 424A), qui était l'objet du débat, était légèrement différent; cette disposition prévoyait que l'accusé commettait une infraction s'il «ne [pouvait] établir qu'il en [avait] légitimement obtenu possession». En expliquant que les dispositions portant inversion du fardeau de la preuve n'avaient pas causé de difficultés dans le passé, le ministre de la Justice a mentionné l'al. 988 du *Code*, qui a précédé l'art. 656 du *Code* actuel. Tout comme aujourd'hui, la disposition imposait alors à l'accusé une charge de présentation. Le Ministre affirme ceci:

That [s. 988] has been our law for ten years or more. I do not know that any one has ever found any difficulty from it or been wrongfully prosecuted under it. This legislation [s. 424A] is on the same lines . . .

(*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 11th Parl., January 19, 1910, p. 2166.)

When the predecessor of s. 394(1)(b) was enacted in 1938, it provided that the "burden of proof" was on the accused. In view of the fact that no clear distinction was being made between the legal burden and the evidentiary burden it is certainly arguable that Parliament in enacting these provisions intended no more than an evidentiary burden. The wording used is capable of this interpretation. In *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, this Court acknowledged that the words "without lawful excuse, the proof of which lies upon him" were capable of creating a legal burden but interpreted

Telle est la loi [art. 988] qui nous a guidés depuis dix ans ou plus. Je ne connais personne qui y ait trouvé aucune difficulté ou ait été poursuivie illégalement en vertu de cette loi. La loi actuelle [par. 424A] est rédigée dans le même sens . . .

(*Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 11^e lég., le 19 janvier 1910, p. 2286.)

Lorsque la disposition qui a précédé l'al. 394(1)b) a été adoptée en 1938, elle prévoyait que le «fardeau de la preuve» incombaît à l'accusé. Étant donné qu'aucune distinction claire n'était faite entre la charge ultime et la charge de présentation, on peut certes soutenir que le législateur, par l'adoption de ces dispositions, ne visait pas davantage qu'une charge de présentation. Les mots utilisés peuvent s'interpréter ainsi. Dans *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, notre Cour a reconnu que les termes «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe» pouvaient avoir pour effet d'imposer

them to require the accused to raise a reasonable doubt. This is an interpretation which could be adopted in this case but I would hesitate to do so in view of the many provisions in the *Criminal Code* and other statutes employing the same wording, some of which may validly create a legal burden. I do, however, conclude from the foregoing and the fact that there are many provisions in the *Criminal Code* and other federal statutes that place an evidentiary burden on the accused, that it is safe to assume that Parliament would have enacted the subsection in question in this appeal but restricted to an evidentiary burden, if the option of a legal burden had not been available.

une charge ultime, mais elle les a interprétés comme exigeant que l'accusé soulève un doute raisonnable. C'est une interprétation qui pourrait être retenue en l'espèce, mais j'hésite à le faire en raison des nombreuses dispositions du *Code criminel* et d'autres lois qui utilisent les mêmes mots, dont certaines peuvent imposer validement une charge ultime. Toutefois, compte tenu de ce qui précède et du fait que de nombreuses dispositions du *Code criminel* et d'autres lois fédérales imposent une charge de présentation à l'accusé, je conclus qu'il est possible de présumer, sans risque d'erreur, que le législateur aurait adopté la disposition ici en cause, mais en n'imposant qu'une charge de présentation s'il n'avait pas été possible d'imposer une charge ultime.

Nor do I consider that coupling the remedy of striking down and reading in is an undue intrusion on the legislative domain. Once the criteria to which I have referred above are satisfied, the technique employed to reach the result of the application of those criteria is more in the nature of mechanics than substance. Although the remedy which I consider appropriate on one view of the matter involves striking down and reading in, the same end result could be achieved by other techniques. As pointed out above, the reverse onus provision could be interpreted or read down to restrict it to an evidentiary burden. Indeed the net effect could also be considered as striking down only. While I have interpreted the words "he establishes" to amount to a legal burden, they include the evidentiary burden as well. Under the subsection as drafted the accused would not only be required to go forward with evidence but as well bears the burden of non-persuasion. The remedy I have adopted merely removes the latter from the subsection. In this regard it is useful to consider the following statement of Rowles J. in *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356, at p. 388, which was quoted with approval by the Chief Justice in *Schachter*, at p. 699:

Je ne considère pas non plus que conjuguer la radiation à l'interprétation large est un empiétement injustifié sur le domaine législatif. Une fois qu'il est satisfait aux critères susmentionnés, la technique utilisée pour obtenir le résultat de l'application de ces critères relève davantage de la forme que du fond. Bien que la réparation que je considère appropriée, après examen de l'affaire, soit la radiation et l'interprétation large, le même résultat pourrait être obtenu par d'autres moyens. Comme je l'ai déjà souligné, la disposition portant inversion du fardeau de la preuve pourrait recevoir une interprétation atténuée de manière à ne prévoir qu'une charge de présentation. En fait, le résultat net obtenu pourrait également être considéré comme une annulation seulement. Même si j'ai interprété les mots «il n'établisse» comme imposant une charge ultime, ils englobent également le fardeau de présentation. Aux termes de l'alinéa, tel qu'il est rédigé, l'accusé devrait non seulement avancer des éléments de preuve, mais également assumer la charge de non-persuasion. La réparation que je préconise a simplement pour effet de supprimer cette dernière charge de l'alinéa. Il est utile, à cet égard, d'examiner l'affirmation suivante que le juge Rowles fait dans *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356, à la p. 388, et que le Juge en chef cite, en l'approuvant, dans l'arrêt *Schachter*, à la p. 699:

Accordingly, whether a court "reads in" or "strikes out" words from a challenged law, the focus of the court should be on the appropriate remedy in the circumstances and not on the label used to arrive at the result.

En conséquence, que le tribunal donne une «interprétation large» à une loi contestée ou décide d'en «retracer» les parties fautives, il doit mettre l'accent sur la réparation appropriée dans les circonstances et non sur la qualification de la réparation utilisée pour arriver au résultat.

The Chief Justice went on to observe that the extent of the inconsistency can be defined conceptually rather than focusing on a verbal formula. When the inconsistency between s. 394(1)(b) and the *Charter* is defined in conceptual terms rather than purely in reference to the wording used by Parliament, it is manifest that the proposed remedy only involves striking down a portion of the subsection.

Le Juge en chef fait ensuite remarquer qu'on peut déterminer la mesure de l'incompatibilité de façon conceptuelle, plutôt qu'en mettant l'accent sur une formule verbale. Lorsque l'incompatibilité entre l'al. 394(1)b) et la *Charte* est décrite de manière conceptuelle, plutôt que simplement par rapport aux termes utilisés par le législateur, il appert que la réparation proposée ne comporte que l'annulation d'une partie de l'alinéa.

Disposition

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 394(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 394(1)(b) of the *Criminal Code* a reasonable limit on the s. 11(d) *Charter* right, pursuant to s. 1 of the *Charter*?

No.

As a consequence, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, I would strike down the portion of s. 394(1)(b) which is unconstitutional by removing the portion which imposes the legal burden of proving ownership, agency or lawful authority upon the accused. I do not find it necessary to strike down the aspect of s. 394(1)(b) which imposes an evidentiary burden upon the accused.

In the result I would allow the appeal in part by affirming the lifting of the stay but varying the Court of Appeal's order to state that, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, s. 394(1)(b) should be read as follows:

Dispositif

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'alinéa 394(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. c-46, viole-t-il l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Dans l'affirmative, l'al. 394(1)b) du *Code criminel* constitue-t-il une limite raisonnable au droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, conformément à l'article premier de la *Charte*?

Non.

En conséquence, conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je suis d'avis d'annuler la partie de l'al. 394(1)b) qui est inconstitutionnelle en supprimant le segment qui impose à l'accusé la charge ultime d'établir la propriété, le mandat ou l'autorisation légitime. Je ne juge pas nécessaire d'annuler la partie de l'al. 394(1)b) qui impose à l'accusé une charge de présentation.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie en confirmant la levée de l'arrêt des procédures et en modifiant l'ordonnance de la Cour d'appel de façon que, conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'al. 394(1)b) se lise ainsi:

394. (1) Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years who

(b) sells or purchases any rock, mineral or other substance that contains precious metals or unsmelted, untreated, unmanufactured or partly smelted, partly treated or partly manufactured precious metals, in the absence of evidence which raises a reasonable doubt that he is the owner or agent of the owner or is acting under lawful authority; or [Emphasis added.]

Appeal allowed in part.

Solicitor for the appellant: David Butt, Toronto.

Solicitors for the respondents Laba, Lebrun and Tichinoff: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

Solicitors for the respondent Timm: Wallbridge, Wallbridge, Timmins, Ontario.

394. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, selon le cas:

a) vend ou achète de la roche, du mineraï ou une autre substance renfermant des métaux précieux, ou des métaux précieux non fondus, non traités et non ouvrés, ou des métaux précieux partiellement fondus, traités ou ouvrés, en l'absence de preuve soulevant un doute raisonnable qu'il est le propriétaire ou l'agent du propriétaire, ou qu'il agit avec autorisation légitime; [Je souligne.]

c) *Pourvoi accueilli en partie.*

Procureur de l'appelante: David Butt, Toronto.

Procureurs des intimés Laba, Lebrun et Tichinoff: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

Procureurs de l'intimé Timm: Wallbridge, Wallbridge, Timmins, Ontario.